La constitucionalización de Europa

PETER HÄBERLE
JÜRGEN HABERMAS
LUIGI FERRAJOLI
ERMANNO VITALE

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Estudios Jurídicos, Núm. 65

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición y formación en computadora: Wendy Vanesa Rocha Cacho

PETER HÄBERLE
JÜRGEN HABERMAS
LUIGI FERRAJOLI
ERMANNO VITALE

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA

MIGUEL CARBONELL
PEDRO SALAZAR
Editores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2004

Primera edición: 2004

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Mtro. Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-1931-4

CONTENIDO

La constitucionalización de Europa, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 1o. de septiembre de 2004, en los talleres de Impresión Comunicación Gráfica, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kgs. para los interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros. Consta de 1,000 ejemplares.

PRÓLOGO
LAS ENSEÑANZAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EUROPEA Y SUS PROTAGONISTAS INTELECTUALES

I. INTRODUCCIÓN

La historia moderna de las instituciones políticas puede reconstruirse a través de algunos procesos de constitucionalización emblemáticos. Desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (que la Constitución francesa vigente desde 1958 reconoce como parte del texto constitucional), la Constitución americana de 1776 y el *Bill of Rights* de 1791, hasta los documentos constitucionales de la posguerra, conocidos como las Constituciones "largas" que se difundieron en la mayoría de los países europeos, y las Constituciones democráticas de Portugal y España con las que inició la que sería llamada "la tercera ola de democratización",[1] los momentos constituyentes han sido un punto de llegada de grandes transformaciones sociales y, a su vez, un punto de partida de procesos políticos inéditos. Son fronteras institucionales que "dividen" simbólicamente, pero también significativamente, al "presente" del "pasado". Acompañando a su dimensión jurídica fundamental está su valor simbólico. Las Constituciones modernas han representado una especie de pro-

[1] *Cfr.* Huntington, S., *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1998. El tino de este autor al proponer esta fórmula es indiscutible aunque el resto de sus tesis (pasadas y futuras) están marcadas por el conservadurismo, la visión imperial y no pocos destellos de racismo cultural que nada tienen que ver con el ideal democrático tomado en serio. En este sentido, *cfr.* Huntington, S., "The Hispanic Challenge", *Foreing Policy*, marzo-abril de 2004.

clama política colectiva: un "nunca más" al absolutismo, a la dependencia, a las atrocidades del nacionalsocialismo alemán y del fascismo italiano, a las dictaduras militares y así sucesivamente. También han sido una promesa hacia el futuro.

Los documentos constitucionales democráticos sintetizan la paulatina transformación política, ideológica e institucional que condujo a la limitación y distribución del poder político en las sociedades modernas. Son una especie de "momento culminante" en el azaroso proceso de la lucha por los derechos (de libertad, políticos y sociales) fundamentales. No nos parece aventurado sostener que ahí reside su valor cardinal: las Constituciones democráticas rescatan a los derechos del movedizo terreno de las convicciones para plasmarlos en la tierra firme de las normas. Son la expresión de un consenso basilar sobre cuestiones políticas fundamentales que, al menos idealmente, no serán nuevamente puestas a discusión. Por ello, más allá de los obstáculos que, con una insistencia en ocasiones desalentadora, la realidad ha opuesto y sigue oponiendo a la garantía efectiva de (algunos de) estos derechos, lo cierto es que las Constituciones democráticas son un puerto de llegada de las luchas intelectuales, sociales y políticas que han abrazado la bandera de la dignidad humana. Una vez adoptadas, las Constituciones son el instrumento de *todos* con el que *cada uno* puede iniciar su propia batalla pacífica para transformar la realidad.

Aunque parezca una obviedad conviene recordarlo: detrás de cada Constitución democrática reposa un proceso político particular. Las grandes transformaciones jurídicas sólo se explican cuando observamos la dimensión política que las impulsa y encauza. Y, sin embargo, si bien cada Constitución es producto de un momento histórico irrepetible, el resorte que las impulsa no es necesariamente original. La mayoría de los procesos constituyentes ha sido una respuesta esperanzadora ante momentos históricos marcados por la desesperanza. Por ello, a pesar de los años que separan la adopción de algunos documentos constitucionales, el contenido de los mismos refleja temas recurrentes.

Ante la opresión de los autócratas siempre se ha alzado la voz de los demócratas y ante la concentración arbitraria de los poderes (políticos pero también, hoy más que nunca, económicos) ha surgido y resurgido la bandera que promueve la constitucionalización de los derechos fundamentales de todos los individuos. Pero también las tendencias autoritarias se repiten puntualmente. No es una cuestión de épocas: la libertad es un bien permanentemente amenazado. De aquí la pertinencia de seguir reflexionando sobre los problemas y retos que enfrenta el constitucionalismo democrático. Después de todo, la deliberación pública es el mejor antídoto contra la desmemoria colectiva.

El libro que ahora presentamos es un compendio de reflexiones teóricas alrededor de un evento constitucional que puede cambiar la historia (al menos) de millones de personas: el proceso constituyente europeo.[2] No exageramos al afirmar que se tratará de uno de los "parteaguas" más significativos en la historia de las instituciones políticas. Sólo es cuestión de mirar en perspectiva: seguramente los contemporáneos a la aprobación del *Bill of Rights* en la Inglaterra del siglo XVII o a la proclamación de la Declaración francesa y a la constitucionalización americana en el siglo XVIII no pudieron visualizar el significado histórico de lo que estaban viviendo. Nosotros que observamos desde afuera y los europeos que están inmersos en su proceso constituyente tenemos que recuperar esos referentes para imaginar la trascendencia que tendría la aprobación de una Constitución europea. Pero los problemas que amenazan al proyecto son múltiples y de muy diversa naturaleza: los cuatro autores de este libro dan cuenta de cada uno de ellos.

La perspectiva histórica también es útil para entender en toda su magnitud la complejidad del reto: se trata de acordar un docu-

[2] En junio de 2004, el Consejo Europeo (integrado por los jefes de Estado y de gobierno de los países miembros de la Unión Europea) aprobó un primer texto constitucional que deberá ser ratificado por los veinticinco países miembros. En algunos casos dicha ratificación deberá someterse a un referéndum popular; en otros se buscará únicamente la ratificación parlamentaria.

mento que daría la misma identidad jurídica a veinticinco países que tienen una historia, una cultura, una lengua e, incluso en muchos casos, una religión diferente. Häberle, Habermas, Ferrajoli y Vitale centran una parte de sus reflexiones en este embrollado aspecto. Y, como el lector podrá observar, a pesar de sus convicciones constitucionalistas, no siempre llegan a las mismas respuestas. Además, la Constitución europea surgirá en un contexto mundial en transformación permanente: de ser aprobada sería el primer documento constitucional que se origina (al menos en parte) por los procesos de globalización económica pero que también aspira a proyectar (no sin fuertes resistencias) la globalización de los derechos fundamentales. Las tensiones y aporías de esta situación también se reflejan en los trabajos que ahora presentamos. Por último conviene recordar que también (y quizá como nunca) detrás de la Constitución europea se encuentra un "nunca más": el eco retardado de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial retumba en sus cimientos.

A continuación presentamos una breve semblanza de los autores que amablemente aceptaron prestarnos sus textos para reunirlos en esta obra, así como una apretada síntesis de su recorrido intelectual y de sus tesis principales.

II. Peter Häberle: el Estado constitucional como proyecto común europeo

Peter Häberle es un jurista bien conocido por los lectores de obras de derecho constitucional en América Latina y España. Se cuentan por decenas los trabajos de este autor que se han traducido al español. La influencia de Häberle en la renovación del discurso constitucional latinoamericano se ha dejado sentir con fuerza en los últimos años, sobre todo a partir de la aparición de su libro *El Estado constitucional*,[3] que viene a ser una síntesis de varias décadas de estudio y reflexión sobre el tema.

3 Traducción de Héctor Fix-Fierro, estudio introductorio de Diego Valadés, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, 339 pp.

Nacido en 1934, Häberle se ha dedicado durante años a sus cátedras en las universidades de Bayreuth (Alemania) y Saint Gallen (Suiza). Su tesis doctoral fue un profundo estudio sobre la conocida cláusula del artículo 19.2 de la Constitución alemana de 1949, que se refiere al "contenido esencial" de los derechos fundamentales.[4] Las tesis contenidas en esa obra han influido en varias sentencias del Tribunal Constitucional español y de otras jurisdicciones constitucionales en Europa y América Latina.

Uno de los mayores atractivos de la obra de Häberle es su amplitud de miras y su potencia evocadora de ideas-síntesis o ideas-fuerza. Es común encontrar en sus trabajos el uso de fórmulas sintéticas que, sin hacer explícito su objeto, sugieren al lector algunas concepciones que describen al Estado constitucional, tanto al que ya tiene vigencia en algunos países como al modelo que debemos seguir los que todavía no lo alcanzamos. En este sentido, son muy conocidos los postulados häberlianos sobre la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales", el derecho comparado como "quinto método" de la interpretación constitucional, los votos particulares como "jurisprudencia constitucional alternativa", la explicación de un "derecho constitucional común europeo" y el uso del "principio esperanza" de Marc Bloch en el campo del derecho constitucional, entre otros.[5]

Uno de los conceptos recurrentes en la concepción de Häberle sobre el Estado constitucional es el de "cultura".[6] Una teoría del Estado debe explicar, junto a los tradicionales elementos de pue-

4 Parcialmente traducida al español como *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, prólogo de César Landa, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

5 Uno de los estudios más amplios sobre la obra de Häberle es el extenso y documentado "Estudio introductorio. Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI" que redactó Diego Valadés como apertura del libro *El Estado constitucional*, *cit.*, nota 3, pp. XXI-LXXXIV.

6 Aunque es una concepción que hace explícita en casi todos sus textos, quizá se encuentra mejor explicada en el libro *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000; véase, también, *El Estado constitucional*, *cit.*, nota 3, pp. 229 y ss.

blo, poder y territorio, el impacto de la cultura, que es lo que permite entender el papel de la Constitución en el entramado estatal. Junto al concepto de cultura, destaca en la obra de Häberle el postulado del cosmopolitismo, heredado de la concepción kantiana de la "paz perpetua". Cuando se unen los elementos de la cultura como principio integrador del Estado, por un lado, y la necesidad de construir un constitucionalismo animado por principios cosmopolitas, por el otro, la conclusión resulta evidente: la Constitución construida sobre ciertas premisas culturales puede y debe saltar las fronteras estatales y, en consecuencia, el modelo del Estado constitucional es un modelo *universalizable*. La premisa cultural a tener presente es el principio de la dignidad humana, nos dice Häberle en su artículo.

En el ensayo que se incluye en este libro, Häberle no se refiere exclusivamente al proceso constituyente europeo ni discute sus posibilidades. Sus premisas son más amplias. Por eso decidimos ponerlo al principio del volumen, ya que, de esta forma, el lector obtendrá un buen mirador para acercarse a una discusión compleja como lo es la referida a la creación de un texto constitucional para Europa. Según Häberle, desde hace años existe un Estado constitucional europeo que, aunque no se encuentra consagrado en un solo texto jurídico que podamos considerar una Constitución, se puede identificar por una serie de elementos compartidos por el conjunto de países de la Unión: los problemas relativos a la constitucionalización del pluralismo, el lugar de las minorías, el tratamiento de los fundamentalismos, la construcción federalista o descentralizadora, el lugar de la jurisdicción constitucional y su relación con los Parlamentos, el papel integrador de los derechos fundamentales, etcétera. Creemos que no es aventurado afirmar que Häberle no solamente estaría de acuerdo con Pizzorusso cuando identifica un común patrimonio constitucional europeo,[7] sino que es uno de sus más importantes artífices.

[7] Pizzorusso, Alessandro, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bolonia, Il Mulino, 2002.

Además de instituciones y problemas comunes, el derecho constitucional europeo se nutre de la aportación de lo que Häberle llama "el jurista europeo". Menciona en su ensayo tres nombres: Mortati en Italia, Hauriou en Francia y Rubio Llorente en España. Seguramente podríamos agregar algunos otros. Uno de ellos sería sin duda el propio Häberle, quien con sus construcciones teóricas abiertas y llenas de metáforas ha abierto una brecha doctrinal capaz de atravesar las fronteras de Europa y de llegar a través del océano hasta la teoría constitucional latinoamericana. Tiene razón Diego Valadés cuando afirma que la prolífica obra del profesor de Bayreuth "se perfila como la construcción conceptual más sugerente al inicio del siglo",[8] lo que, podríamos agregar, aumenta de significado cuando entra en contacto con las posturas de otros pensadores como los que lo acompañan en este volumen. En conjunto, todos nuestros autores dan testimonio de la vitalidad constitucional y constituyente de Europa, del enorme potencial de su cultura y del destacado papel que deben jugar los intelectuales en procesos de tan largo alcance.

III. JÜRGEN HABERMAS: LA RACIONALIDAD COMUNICATIVA COMO RAZÓN CONSTITUYENTE

Jürgen Habermas es uno de los grandes protagonistas de la filosofía social de la segunda mitad del siglo XX. Nacido en Düsselford en 1929, ha sido el gran renovador de la Escuela de Francfort, antes encabezada por Theodor Adorno y Mark Horkheimer.[9] Hasta hace pocos años sus obras se habían centrado en el campo de la sociología, pero a partir de los años noventa adopta un "giro jurídico" que lo lleva a enfrentar los grandes te-

[8] Valadés, Diego, "Estudio introductorio", *op. cit.*, nota 5, p. LXXVI.

[9] Sobre la influencia y la postura de Habermas en torno a la Escuela de Francfort véase Velasco, Juan Carlos, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, pp. 19 y ss.

mas del Estado constitucional y democrático de derecho.[10] Sus estudios jurídicos culminan con la que quizá sea la obra de teoría jurídica más importante del último cuarto de siglo: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*.[11]

Habermas tiene una cualidad que no es frecuente en los teóricos sociales de altos vuelos: sabe encontrar los temas de más actualidad y proponer respuestas no solamente para los especialistas, sino también para el resto de los ciudadanos. Eso lo ha llevado a tener una permanente presencia en muchos de los debates contemporáneos y en los medios de comunicación. Como con acierto ha señalado Fernando Vallespín, Habermas se ha llegado a convertir en una verdadera "conciencia moral" de nuestra sociedad.[12] Y esto lo ha logrado, curiosamente, sin renunciar en ningún momento a las coordenadas ideológicas que se encontraban ya presentes en la matriz de la Escuela de Francfort y a las que Habermas ha permanecido vinculado. Esto es evidente si observamos su propia construcción teórica. De hecho, se ha escrito que *Facticidad y validez* supone un intento de reconciliación de la izquierda crítica con el constitucionalismo y con el Estado de derecho.[13]

10 La ubicación del "giro jurídico" habermasiano dentro de su proyecto de construcción y refundación de la teoría social ha sido muy bien explicada por Velasco, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 77 y ss.

11 Trad. al castellano por Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998. Quizá solamente el impresionante libro de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés *et al.*, Madrid, Trotta, 1998, tenga unos alcances parecidos a los del libro de Habermas.

12 "Habermas en doce mil palabras", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 114, julio-agosto de 2001, p. 53. Como escribe Velasco, "la enorme y continuada productividad de Habermas, la variedad de sus intereses filosóficos y la intensidad de su compromiso ciudadano le han ido convirtiendo en un intelectual imprescindible en la vida pública alemana, hasta el punto de que sus opiniones sobre asuntos de interés general levantan una enorme expectación". *Para leer a Habermas*, *cit.*, nota 9, p. 11.

13 Pisarello, Gerardo, "Las afinidades constitucionales de Habermas", *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 39, noviembre de 2000, p. 56. Vallespín

El tema de la construcción de un constitucionalismo europeo (y, más en general, la posibilidad de caminar hacia un constitucionalismo de signo “posnacional”) ha ocupado su atención desde hace años.[14]

El ensayo que se incluye en este libro, en la espléndida traducción al español de Bernardo Bolaños, defiende la necesidad de que la Unión Europea se dote de un texto constitucional propio, de alcances evidentemente supranacionales. Sin embargo, según Habermas, para ello hace falta construir una esfera pública integrada de ámbito europeo. Es decir, es necesario “alcanzar un contexto de comunicación pública que trascienda las fronteras de las hasta ahora limitadas esferas públicas nacionales”.[15] La construcción de dicha esfera pública requiere la presencia de una serie de intereses agregativos que la doten de sentido y de contenido: necesita una red de organizaciones no gubernamentales de alcance europeo, al igual que medios de comunicación y partidos políticos de carácter supranacional. Además, para contar con una atmósfera apropiada, debe construirse una cultura política también compartida por los integrantes de la Unión Europea. Según Habermas, el hecho de que dentro de la Unión se hablen una multitud de lenguas, muchas de las cuales han sido reconocidas oficialmente, no constituye un obstáculo para lograrlo. Para nuestro autor ese hecho debe ser reforzado con el mantenimiento de un multilinguismo oficial en las instituciones de la Unión, mismo que podría ser reforzado en la práctica con la adopción

apunta que “Habermas es un autor inquieto que no ha dejado de estar presente en el espacio público como intelectual *engagé*”. “Habermas en doce mil palabras”, *op. cit.*, nota anterior, p. 59. Véase, también, para una visión del Habermas más militante, su obra *La necesidad de revisión de la izquierda*, 2a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1996.

14 Así, por ejemplo, en su ensayo “¿Necesita Europa una Constitución? Observaciones a Dieter Grimm”, *Debates*, Valencia, núm. 55, 1996, reproducido en Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.

15 *La inclusión del otro...*, *cit.*, nota anterior, p. 142.

del inglés como lengua de trabajo, lo cual ya sucede en buena medida.[16]

La tarea señalada por Habermas (la construcción de esa esfera pública, propiciada pero también permanentemente alimentada por una cultura política común) parece ser un poco más compleja de lo que se alcanza a advertir en sus propios textos. Tal vez por ello se ha dicho que Habermas, al menos en el campo jurídico, hace una lectura demasiado benigna de una realidad que contiene una serie de patologías y antagonismos que no siempre se hacen explícitos.[17] Obviamente, se puede estar de acuerdo en que el derecho, entendido como fijación en el tiempo de las condiciones de realización de discursos racionales y de los productos de esos discursos, tiene una enorme capacidad para actuar como un factor de integración, tanto en el plano individual (por lo que los inmigrantes deberían contar con los mismos derechos que los nacionales del Estado receptor), como en el plano nacional (cuyo resultado más evidente es la propia Unión Europea). Pero también es verdad que dicha integración no está a salvo de enemigos nada menores: la xenofobia, los partidos antidemocráticos, las altas tasas de desempleo, las amenazas ecológicas, la depredación del Estado social, etcétera.

Probablemente todo esto no constituye un obstáculo para la construcción europea, pero plantea una serie de condicionantes y de tensiones que debe tomar en cuenta cualquier teoría social

16 Términos muy parecidos a los de nuestro autor fueron utilizados por el Tribunal Constitucional al resolver los recursos presentados contra el Tratado de Maastricht. En su sentencia del 12 de octubre de 1993 el Tribunal afirmó que "para que la democracia no sea una mera imputación formal es necesario que exista una opinión pública en la que se debatan los fines de la acción política y que los electores puedan discutir con los titulares del poder en su propia lengua. La creación de ese espacio público requiere una acción decidida de los partidos y de los medios de comunicación". Citado por Rubio Llorente, Francisco, "El futuro político de Europa. El déficit democrático de la Unión Europea", *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999, p. 30, nota 11.

17 Pisarello, Gerardo, "Las afinidades constitucionales de Habermas", *op. cit.*, nota 13, p. 52.

que no quiera ser pura entelequia. Como lo demuestran varios de sus escritos recientes, Habermas se da cuenta de ello, pero lo hace de lado para asumir una posición más optimista que presupone que están dadas las premisas necesarias para caminar hacia una Constitución europea. Esta suposición es justamente la que le cuestiona la juez constitucional Dominique Schnapper cuando afirma que las condiciones propuestas por Habermas son válidas y aceptables, pero no están dadas: hay que construirlas.

Es oportuno señalar que Habermas aporta un ejemplo del más alto nivel sobre las posibilidades que tienen los científicos sociales para hacer una intervención práctica en el debate contemporáneo. La obra reciente de Habermas es el mejor argumento para refutar a quienes sostienen que los juristas no deben intentar "influir" en algunos sectores del acontecer de sus sociedades, porque si lo hacen se convierten, por ese simple hecho, en políticos. Por el contrario, autores como el que nos ocupa tienen una influencia muy directa no solamente sobre la "alta política" (aquella de alcances supranacionales), sino también en las tareas menos visibles, pero no por ello menos importantes, de los juristas dogmáticos. De hecho, por mencionar solamente un ejemplo, hay aportaciones de Habermas que han sido utilizadas para descifrar las claves del debate sobre la arbitrariedad de los poderes públicos en el campo del derecho administrativo.[18]

Por último, conviene advertir que los textos de Habermas no son de fácil lectura. Sus ensayos son siempre muy exigentes con sus lectores; a veces se echa en falta en ellos un poco más de ligereza, una mayor claridad en algunos pasajes.[19] Habermas, que

[18] Véase, sobre esto, el capítulo VII, titulado "El conflicto actual de los paradigmas del Estado liberal y del Estado social de derecho (a propósito del libro de J. Habermas, *Facticidad y validez*)", del libro de Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la administración*, 3a. ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1999.

[19] Véanse las observaciones, en el mismo sentido, de Torres Muro, Ignacio, "Habermas jurista. Una lectura de *Facticidad y validez*", *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Ma-

tiene una cultura enciclopédica, suele dar por hecho el uso de muchos términos y el significado de conceptos que a veces no son de manejo común fuera del círculo de los especialistas. La abstracción que suele acompañar a sus textos puede parecer un obstáculo a la comprensión inmediata, pero supone al final una excelente puerta de sugerencias y un compendio de vías por explorar. Por fortuna el ensayo contenido en este libro es, dentro de las posibilidades que ofrece la obra habermasiana, sumamente accesible. El lector encontrará, en un lenguaje claro y directo, una síntesis de las tesis de Habermas ante el reto que supone la posible aprobación de la Constitución europea. Le extendemos una invitación para que se adentre en la obra de uno de los más relevantes intelectuales de la actualidad a nivel mundial.

IV. Luigi Ferrajoli: los derechos fundamentales como condición de la esfera pública

Luigi Ferrajoli ha sido el protagonista de una de las más importantes renovaciones del discurso teórico en materia jurídica de los últimos años. Aunque su aportación más conocida hasta ahora ha estado centrada en la teoría del garantismo penal,[20] desde hace más de dos lustros ha estado escribiendo sin cesar sobre los dere-

drid, UCM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. I, pp. 542 y 543. Velasco escribe con razón que "en ocasiones, el discurso habermasiano avanza de manera tortuosa y fatigante... requiere de un notable esfuerzo y dedicación por parte del lector que se aproxima a su producción teórica. Sin apenas piedad con el público, presupone conocimientos casi enciclopédicos", *Para leer a Habermas*, *cit.*, nota 9, pp. 11 y 12.

20 Nos referimos a su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, nota 10. Una explicación sumaria de sus postulados principales puede verse en Gascón, Marina, "Garantismo", en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 273 y ss. Un análisis muy completo de los postulados del autor de *Derecho y razón* pueden verse en Gianformaggio, Letizia (coord.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giappichelli, 1993 (hay que recordar que la primera edición italiana de *Derecho y razón* es de 1989).

chos fundamentales y el paradigma del Estado constitucional.[21] Miembro del importante movimiento asociativo de jueces italianos *Magistratura democratica* en los años setenta y luego profesor en Camerino y en Roma, Ferrajoli une a su rigor filosófico y metodológico una fuerte convicción cívica que lo ha llevado, como Habermas, a frecuentes intervenciones públicas en defensa de la democracia italiana y en contra de diversos fenómenos de corrupción que han marcado la escena europea en los últimos años.[22] Recientemente dejó testimonio a través de artículos y ensayos publicados en la prensa italiana y en revistas extranjeras de su radical oposición a la guerra de Irak, como lo había echo antes con la intervención de la OTAN en la ex Yugoslavia.[23]

En el ensayo que se incluye en este libro, Ferrajoli parece sostener una postura parcialmente contraria a la de Habermas; en primer lugar pone de manifiesto la necesidad de que Europa transite de una integración monetaria y económica a una integración marcada por los derechos fundamentales y el paradigma del Estado constitucional. Además defiende la idea de que la construcción de una esfera pública compartida (que define en forma distinta a la clásica concepción de Habermas)[24] no es un objetivo

[21] Parte de sus aportaciones más importantes se encuentran en *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999 y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001. Algunas aportaciones recientes pueden verse en sus ensayos: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29 y “La guerra y el futuro del derecho internacional”, en Bimbi, Linda (ed.), *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 213-224.

[22] Véase, por ejemplo, su ensayo “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, IFE-ITAM-Siglo XXI, 2003, pp. 143-160.

[23] Véase Ferrajoli, Luigi, “Una derrota del derecho, la moral y la política”, *Jueces para la democracia*, núm. 36, noviembre de 1999, pp. 93-98.

[24] La explicación del concepto de esfera pública en Habermas se encuentra en su obra *Teoría de la acción comunicativa*, 2 ts., Madrid, Taurus. El surgimiento histórico de dicha esfera había sido ya expuesto por Habermas mucho

que se pueda alcanzar antes de la expedición de una Constitución europea, sino que más bien será su resultado. Para Ferrajoli la función de un texto constitucional es precisamente integrar a sociedades que históricamente han tenido pocos elementos en común. Es decir, la integración se dará cuando todos los habitantes de Europa compartan en términos de igualdad el mismo orden jurídico fundamental. Ferrajoli ya había expuesto el mismo punto de vista en trabajos anteriores. Según nuestro autor, la homogeneidad social que hoy se puede observar en muchos de los Estados europeos no fue la condición para que surgiera en ellos un ordenamiento constitucional sino al revés; es decir, "el grado de homogeneidad social y de identificación colectiva que ha venido madurando en los mismos (países) ha sido, también, producto del sentido de igualdad generado por los derechos (fundamentales)".[25] La clave parece estar, según Ferrajoli, en el sentido de igualdad compartido que se genera por el hecho de tener asegurados para todos los mismos derechos fundamentales.

En efecto, la noción de igualdad es capital para entender el sentido de los actuales textos constitucionales.[26] Frente a un contexto político y económico que parece ser una gran fábrica de construcción de desigualdades, es vital poder tener un mínimo común denominador que nos haga iguales en el goce de ciertos bienes básicos.[27] Esa es justamente la razón de ser de los derechos fundamentales, que se oponen tanto a la tiranía del mercado

antes de la obra citada, por ejemplo en su *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1982 (originalmente publicado en Alemania en 1962).

25 *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 21, p. 338.

26 Véase, sobre el tema, la aportación de otro autor indispensable: Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

27 El concepto de "bien básico" como contenido de los derechos fundamentales ha sido explicado por Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 531; véanse, también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Nino, Carlos S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, pp. 21 y ss.

como a la de la política, que no está sujeta a límites. Por eso Ferrajoli celebra como un logro importante la expedición de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre de 2000. De hecho, una de las críticas recurrentes que se le había hecho al proceso de construcción europea era precisamente la falta de proclamación en sus tratados constitucionales de los derechos fundamentales. Se decía, con razón, que la Unión había avanzado mucho en la regulación de lo que podría llamarse la "parte orgánica" de sus documentos constitucionales, pero que había dejado a un lado lo relativo a la "parte dogmática".

Luego de leer las opiniones de Habermas y Ferrajoli, por momentos tan distantes, quizá el lector se pregunte: ¿están o no dadas las condiciones para que Europa se otorgue una Constitución? Sin restarle pertinencia, nos parece que esta pregunta podría oscurecer otras dos cuestiones que quizá sean aún más importantes. La primera es: ¿quién es el sujeto de la soberanía que puede actuar como poder constituyente en el caso europeo? (aunque la pregunta surge de Europa puede trasladarse también al contexto de América Latina); Habermas parece sostener una postura más pro-deliberativa, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de la posibilidad de fundar en términos discursivos y asamblearios el texto constitucional europeo. La segunda cuestión es: ¿para qué debe servir la expedición de un texto constitucional, cuál es su utilidad y cuáles sus posibles beneficios en el contexto de una Unión de Estados-nacionales? En este sentido, el texto de Ermanno Vitale contenido en este libro recoge las (al menos en apariencia) sensatas objeciones que ha planteado Dieter Grimm al proceso constituyente: para este autor lo que falta para lograr una Unión más democrática son mejores instituciones, no una ley fundamental. La pregunta está abierta y lo cierto es que si no se contestan estas preguntas (referidas al cómo y al para qué) es probable que los países de la Unión enfrenten muchos problemas para legitimar frente a la opinión pública un tex-

to constitucional compartido. Ferrajoli lo sabe y, como ya lo adelantamos, refuta a Grimm sosteniendo que las Constituciones no necesitan de la homogeneidad social, cultural y política: por el contrario, las Constituciones son más necesarias cuando esa homogeneidad es menor. Pero no resuelve del todo la cuestión de la legitimidad.

De hecho a Ferrajoli se le pueda hacer la misma crítica que a Habermas: se percibe un optimismo exagerado en sus planteamientos, una fe excesiva en las posibilidades del derecho como factor de igualdad entre los habitantes de los veinticinco países que a partir de enero de 2004 integran la Unión Europea. No sobra decir que esos países presentan graves asincronías políticas, económicas y culturales.[28] Sin embargo, si reparamos en los instrumentos que tenemos a nuestro alcance para intentar revertir esas asincronías, que existen también —aumentadas y ampliadas— en América Latina, nos daremos cuenta que, en efecto, el derecho parece ser la alternativa más racional posible para construir un futuro común basado no en la exclusión y la guerra, sino en la igualdad y la lógica de la dignidad humana. En otras palabras, podremos discutir el cómo y el para qué, pero sigue siendo diáfana la vía que debemos seguir: la que fija el paradigma del Estado constitucional como modelo de racionalización de las relaciones entre los poderes públicos y los particulares, y como sistema normativo que busca regular el potencial despotismo de la política y del mercado cuando no existen límites y vínculos que los regulen. Quizá vale la pena recordar que, como bien nos ha enseñado Ferrajoli, las Constituciones, y particularmente los derechos fundamentales, no son otra cosa que "el derecho del más débil" ante el arbitrio discrecional de los poderosos.

[28] La falta de realismo es una de las críticas que se le hace con frecuencia a Ferrajoli; por ejemplo por Danilo Zolo, Mario Jori y Anna Pintore en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 21, pp. 99, 132 y 246, entre otras. El autor, sin embargo, responde de forma contundente y, creemos, convincente a estas críticas, en la p. 337.

V. ERMANNO VITALE: POR UN COSMOPOLITISMO DE LOS DERECHOS

Ermanno Vitale es un representante de la última generación de la llamada Escuela de Turín que se ha venido edificando a la sombra de las enseñanzas políticas de Norberto Bobbio. Alumno de Michelangelo Bovero, Vitale es uno de los prometedores filósofos políticos italianos que ha continuado las reflexiones bobbianas sobre la paz, la democracia y los derechos fundamentales. El pensamiento de Vitale está marcado por un liberalismo ilustrado (o, como él mismo suele decir, *illuminista*) que encuentra en los individuos y en sus derechos fundamentales el eje central de la justificación y del objetivo legítimo de cualquier organización política. Sus reflexiones parten desde la filosofía política, pero la mayoría de las veces suelen ocuparse de problemas concretos y de gran actualidad. Si hay un rasgo que caracteriza la obra de Vitale es el análisis crítico y comprometido de problemas del presente pero desde la perspectiva del pensamiento de los autores clásicos y con un sorprendente manejo de los teóricos contemporáneos.

En los últimos años la obra de Vitale ha estado dedicada a discutir con los pensadores multiculturalistas y comunitaristas que han defendido la pertinencia de proteger algunos "derechos colectivos"[29] y de salvaguardar valores culturales y/o comunitarios. El eje que orienta las réplicas de Vitale a estos autores es el indi-

[29] Entre las publicaciones de Vitale destacan: *Del desorden al consenso. Filosofía y política en Thomas Hobbes* (Milán, Angeli, 1994); *El sujeto y la comunidad. Fenomenología y metafísica de la identidad en Charles Taylor* (Turín, Giappichelli, 1996); *Liberalismo y multiculturalismo. Un desafío para el pensamiento democrático* (Roma-Bari, Laterza, 2000). Asimismo editó en italiano el libro *Derechos fundamentales* (Roma-Bari, Laterza, 2001) sobre la teoría de Luigi Ferrajoli. Sobre el tema del multiculturalismo se recomienda el libro de otro miembro de la escuela turinesa: Pazé, Valentina, *Il concetto di comunita nella filosofia politica contemporanea*, introducción de Michelangelo Bovero, Roma-Bari, Laterza, 2002.

vidualismo ético: cada individuo, titular de derechos fundamentales, es el puerto de arranque y, sin contradicciones, la finalidad de toda forma de organización humana. Vitale no concede un milímetro: ningún tipo de pertenencia, ninguna entidad colectiva, tiene prioridad axiológica sobre cada uno de los individuos (titulares de derechos fundamentales) que la integran. Es más, sólo existen derechos individuales y no es (lógica y moralmente) sostenible la idea de los derechos colectivos: dichos derechos "además de absurdos, son peligrosos porque son incompatibles con los derechos fundamentales de las personas".[30] Esta prioridad axiológica del individuo sobre cualquier grupo de pertenencia respalda su concepción de la democracia moderna como la mejor forma de gobierno y del constitucionalismo como instrumento de protección (e, idealmente, de garantía) de los derechos fundamentales. Efectivamente, al igual que los otros tres autores de este libro, Ermanno Vitale es un promotor convencido de la democracia constitucional no sólo en el nivel de los Estados nacionales sino también, idealmente, en el ámbito de la construcción institucional supranacional. Pero, como ya lo advertíamos, dado su férreo compromiso con el individualismo ético, no necesariamente comparte todas las premisas y construcciones de los autores que lo acompañan en este volumen.

Por ejemplo, expresamente debate con el "patriotismo constitucional" de Habermas y cuestiona su pertinencia teórica. Según Vitale, la disyuntiva teórica que debemos enfrentar nos obliga a elegir entre una ciudadanía anclada a la idea de nación, republicano-patriótica, como la que propone Habermas, o una ciudadanía verdaderamente cosmopolita que, sin desmantelar a los Estados, nos conduzca hacia una verdadera constitución mundial. Obviamente, congruente con su postura en favor de los derechos fundamentales *individuales* y sus objeciones a las tesis que otorgan un valor moral a ciertos tipos de "pertenencias", nuestro au-

30 *Cfr.* Vitale, E., *Derechos y paz. Destinos individuales y colectivos*, México, Fontamara, 2004.

tor se inclina expresamente por el segundo camino. Para Vitale la futura ciudadanía europea debe desvincularse de cualquier sentimiento nacionalista o "geográfico" culturalmente referenciado. Su apuesta inmediata es por la construcción institucional europea que permita ampliar la esfera de protección de los derechos fundamentales pero, al mismo tiempo, Vitale está pensando en la reproducción planetaria de este proyecto. Europa, insiste Vitale, no debe encerrarse en las fronteras de su bienestar sino que debe exportarlo a todo el mundo. En este sentido sus tesis empatan con el ideal cosmopolita de Häberle y complementan las premisas que sostienen la teoría de los derechos fundamentales ferrajoliana.

Los tres temas que orientan las reflexiones de Vitale en el texto que ahora presentamos complementan las reflexiones de los otros tres autores: el problema del "déficit democrático" que enfrentan las instituciones europeas; los retos teóricos y prácticos que se desprenden de la presente y futura "ciudadanía europea", y el urgente tema de las políticas migratorias. Además, Vitale nos ofrece una reconstrucción sintética del "estado de la cuestión", es decir, de los últimos acontecimientos que han tenido lugar en torno del proceso constituyente europeo. Vitale nos dice lo que ha sucedido en los últimos meses de 2003, los problemas que amenazan a la agenda inmediata en el 2004 y, lo más importante, los argumentos de los "euroescépticos" y las pistas que deben seguir quienes deseen superarlos. Por estos motivos, sobre todo por tratarse del texto más reciente, hemos decidido dejar que sea Vitale el autor que cierre el presente volumen.

VI. ¿QUÉ PODEMOS APRENDER EN AMÉRICA LATINA DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO?

En la última década del siglo XX se desató en varios países latinoamericanos una epidemia de congresos constituyentes que produjeron cartas constitucionales "liberales, sociales y demo-

cráticas": Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (1994), Panamá (1994), Argentina (1994), Uruguay (1997), Ecuador (1998), Venezuela (1999). En otros países, como México, se abrió un debate sobre la pertinencia de sustituir el texto constitucional vigente (que data de 1917). Pero lo cierto, lo que nos interesa subrayar, es que sumando estas nuevas cartas constitucionales a las previamente vigentes se obtiene un saldo positivo: en los inicios del siglo XXI casi todos los países de la región cuentan con Constituciones que, en términos formales, responden a la "democracia constitucional" de tradición europea.[31] Este solo dato explica la importancia que tiene para nuestro continente el debate que ha acompañado al proceso constituyente en Europa. Después de todo, a pesar de las múltiples diferencias históricas, sociales y culturales, en ambas regiones del planeta impera el mismo modelo ideal de organización política.

Pero eso no es todo. Como ya lo señalábamos, la Constitución europea está destinada a ser uno de los acontecimientos constitucionales más importantes de la historia reciente y, por ese simple hecho, se trata de un evento que debemos seguir con atención. Muchos de los problemas, retos y discusiones que enfrentan los europeos han sido y seguirán siendo recurrentes cuando se enfrente el reto de construir instituciones para regular la convivencia entre los individuos. El desafío es seguir construyendo instituciones que permitan canalizar pacíficamente los conflictos políticos y dotar de garantías efectivas a los derechos fundamentales. Ambos aspectos siguen siendo de indiscutible actualidad en nuestras sociedades latinoamericanas. Tenemos nuevas (o no tan nuevas) Constituciones democráticas, pero el grado de conflictividad social es alarmante: además nosotros tenemos rezagos económicos milenarios que los europeos han logrado sortear exitosamente. Por ello es oportuno retomar del debate europeo las disertaciones sobre las condiciones necesarias para que un texto

31 Cuba sería una excepción relevante.

constitucional pueda crearse y, sobre todo, para que tenga una vigencia efectiva (condiciones tanto de carácter procedimental, como aquellas vinculadas a las dimensiones de fondo de la razón práctica: dimensión moral, dimensión ética y dimensión pragmática).[32] La lucha por los derechos ya no es una batalla por su reconocimiento sino por su protección y garantía efectiva.

Otro aspecto que conviene recuperar del actual debate europeo por su indiscutible relevancia entre nosotros es la cuestión de cómo articular la unidad dentro de la diversidad: ¿cómo codificar en un texto constitucional las tradiciones jurídicas presentes en los veinticinco países miembros de la Unión?,[33] ¿es posible, a partir de tradiciones jurídicas particulares, caminar hacia una armonización normativa emprendida sobre una base constitucional común?, ¿es viable construir una base de igualdad, fundada en los derechos fundamentales, que supere las barreras lingüísticas, religiosas, culturales, etcétera? ¿Quién tiene la razón, Ferrajoli cuando nos dice que la Constitución llevará a la relativa homogeneidad o Habermas que insiste en la importancia de construir un sentimiento de pertenencia común más allá del acuerdo constitucional? Y la idea del cosmopolitismo de los derechos individuales, ¿puede ser algo más que una utopía moral inalcanzable? Todas estas y muchas otras interrogantes, de una u otra forma, tienen que ver con nosotros. No sólo porque marcan las coordenadas de la que será la relación futura entre los países latinoamericanos y la "Europa" constitucionalizada, sino porque nos sugieren rutas de exploración hacia nuestro propio proceso de futura integración regional.

Para finalizar, queremos agradecer la ayuda prestada por los traductores de los artículos de Häberle y Habermas, Francisco Balaguer Callejón y Bernardo Bolaños, así como la generosa colaboración de los cuatro autores de los ensayos. También agrade-

32 Vallespín, "Habermas en doce mil palabras", *op. cit.*, nota 12, p. 60.

33 Sobre este punto pueden verse las interesantes observaciones de Alessandro Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, *cit.*, nota 7.

cemos el apoyo de Diego Valadés, que en su carácter de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de reconocido experto en materia constitucional se ha preocupado constantemente por hacer del Instituto el lugar idóneo para debatir los temas más importantes del presente y del futuro del constitucionalismo.

Miguel CARBONELL
Pedro SALAZAR

EL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO*

Peter HÄBERLE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado constitucional*. III. *El Estado constitucional europeo*. IV. *Perspectivas y conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El método utilizado en este trabajo se corresponde con la teoría constitucional comparada desde una perspectiva cosmopolita, en cuanto ciencia de la cultura y de los textos.[1] Por motivos de tiempo, no se discuten de manera especial, sino que son verificados, en lo posible, en la propia materia. El tema se compone de dos elementos: el "Estado constitucional" y el atributo "europeo". Resulta evidente la bipartición de lo que sigue, pues quizá solamente pueda madurar en una síntesis por medio del debate.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. *La relación entre Estado y Constitución*

El concepto de Estado constitucional une al Estado y a la Constitución sin determinar su relación recíproca. En mi opinión, hay en la tradición de los clásicos como R. Smend o A. Arndt (y to-

* Traducción del alemán por Francisco Balaguer Callejón, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Granada.

1 El autor lucha desde hace años por esta teoría. *Cfr.* sus obras: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982; *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; *Europäische Rechtskultur*, 1994.

dos nosotros nos mantenemos sobre los "hombros" de esos "gigantes", como "enanos" que ocasionalmente vemos, sin embargo, algo más lejos que ellos), tanto Estado como la Constitución configure. El Estado no es —como postulara, de buen grado, una tradición monárquica conservadora— algo primario y natural con lo que la Constitución (más o menos conformada) se relaciona. En el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, son la "premisa antropológica y cultural". Ellos mismos se "dan" la Constitución, como señalan, con mucho acierto, algunos de los nuevos textos constitucionales de Alemania oriental (por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Brandemburgo de 1992). De Austria procede la consideración, de no poca importancia, de A. Merkl, acerca de lo excesivamente monárquica que había permanecido la doctrina del derecho público alemán.[2] Esa huella se puede encontrar incluso en la actualidad,[3] aunque en la Europa unida de hoy no hay sitio ya para semejantes "retrasos" nacionales. Lo estatal conforma sólo un aspecto parcial de la *res publica* constituida; se puede hablar de un triple ámbito de la república: lo público, lo privado y lo estatal, que estructura la sociedad abierta, en el sentido de Popper. A través de la imagen del Estado fundada sobre la dignidad de la persona, debería incorporarse cierto rigor hasta en las cuestiones singulares del derecho público, por difícil que esto sea.

2. *La comprensión de la Constitución. La Constitución como "cultura", como "contrato" (el paradigma de la "Mesa Redonda" de 1989)*

También aquí tenemos que expresarnos de un modo muy esquemático (toda ponencia debe ser tan corta como precisa, con

[2] Merkl, A., "Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre", *Schweizerische Juristenzeitung*, 1920, Heft 4, citado por Pernthaler, P., "Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie", *VVDStRL*, 25 (1967), p. 96.

[3] *Cfr.* Isensee, J., "Staat und Verfassung", *HdBStR*, t. I, 1987, pp. 591 y ss.

objeto de incentivar un debate fecundo). El tema del Estado constitucional europeo exige una explicación sobre la comprensión de la Constitución. En este sentido, debe destacarse la función directiva y delimitadora de la Constitución —procesal y material a la vez— que caracteriza su búsqueda de principios a mitad del camino entre el idealismo y la conexión con la realidad.[4]

La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones "vivas", como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las "informaciones" culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría sobrevenidas. Igualmente profunda es su validez cultural. Esto sería expresado de la manera más hermosa en una imagen de Goethe, reformulada por Heller: la Constitución es "forma nacida de la vida".

Mientras que la Constitución pensada como cultura resulta actual, parece ficticia concebida como contrato. ¿Qué significa tal cosa? Significa que en el Estado constitucional son útiles las teorías del contrato social, ante todo en la variante de Kant, como "piedra de toque de la razón", o también en la versión de John Rawls ("el velo de la ignorancia") siguen siendo útiles en el Estado constitucional. Nosotros tenemos que construir la Constitución, así como al derecho y al Estado en cuanto aspectos particu-

4 *Cfr.* Häberle, P., "Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des *gemischten* Verfassungsverständnisses", *FS Schindler*, 1989, pp. 701 y ss.; también en (del mismo autor): *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, *cit*., nota 1, pp. 263 y ss.

lares de ella, "como si" descansaran sobre un contrato de todos con todos (en el sentido de Locke). El pacto constitucional de los padres peregrinos del *Mayflower*, el juramento de "Rütli" en Suiza (1291), y los posteriores desarrollos del modelo contractual, son acontecimientos reales y afortunados que nosotros tenemos que integrar en el concepto de Constitución con siempre renovada tolerancia y entendimiento de todos. La democracia de concordancia suiza o el federalismo recurren al modelo de contrato más fácilmente que el Estado nacional centralizado. Y, sin embargo, una idea ha saltado como una chispa del *annus mirabilis* de 1989: el paradigma de la "Mesa Redonda". Inventado (quizá debería decirse: descubierto) por la *Solidarnosc* de Walesa, este paradigma ha escrito historia mundial y ha hecho historia constitucional, en la transición de los sistemas totalitarios a la sociedad abierta del Estado constitucional. Por todas partes se llega a la Mesa Redonda, últimamente quizá en Codesa, Sudáfrica. La Mesa Redonda puede fundamentarse en la teoría constitucional, inordinarse a la ciencia de la cultura y legitimarse en el discurso teórico del consenso. La Mesa Redonda simboliza una comunidad política en la que muchos coexisten en pie de igualdad, unos con otros. La igual distancia y proximidad de todos los miembros, la reconstrucción del diálogo de unos con otros, rompe con las estructuras totalitarias de poder. Es la mejor transposición visual del igualitario "entenderse y tolerarse" que caracteriza a las Constituciones pluralistas. El círculo y la mesa (redonda), esa metáfora podría considerarse algo así como un "gen cultural" de la humanidad.

3. *Los tres elementos tradicionales del Estado y el "cuarto": la "cultura"*

A los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado, tratados (en parte de manera crítica) por Pernthaler,[5] pertenecen

[5] *Cfr.* Pernthaler, P., *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 1986, pp. 82, 85 y ss., 111 y ss.; *cfr.*, igualmente, la crítica en Saladin, P., *Wozu noch Staaten?*, 1995, pp. 16 y ss.

los tres "elementos del Estado": el pueblo, el poder y el territorio. De manera paradigmática, la Constitución no tiene sitio en esa tríada. Esto caracteriza precisamente a la teoría general del Estado, y la convierte también en cuestionable. Una teoría de la Constitución que merezca tal nombre tiene que buscar la integración: la Constitución es, si no ya el "primer" elemento del Estado, en todo caso, un elemento esencial. En concreto: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser declinada (conjugada) a través del concepto ya mencionado de cultura. La Constitución es una parte de la cultura y forma, si se quiere (en realidad: tiene que formar), un "cuarto" elemento. Dürig había ya aventurado tempranamente (1954) esta idea, de manera tendencial, aunque sin haberla formulado.[6] Hoy, cuando muy tarde, debe darse ese paso en la teoría de la Constitución. Esto significa que también los restantes elementos del Estado deben ser "llenados" por la ciencia de la cultura. Comenzando por el pueblo como "conjunto de personas sometidas al derecho" (Kant), pero igualmente en el *status culturalis*. La diversa identidad de los pueblos de Europa es de tipo cultural y conforma la pluralidad de Europa.

El territorio del Estado es un terreno culturalmente perfilado, un "espacio cultural", no un *factum brutum*.[7] En este sentido puede sernos de ayuda la noción de Herder sobre la historia como "geografía en movimiento".[8] El poder del Estado está, por su parte, culturalmente determinado, sin que se pueda concebir de manera natural: se fundamenta normativamente en el Estado constitucional que lo limita, y está al servicio de la libertad cultural. Hasta qué punto es esto necesario, nos lo muestra de manera dramática la guerra civil de la ex Yugoslavia.

6 "Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither", *VVDStRL*, 13, 1955, p. 27 (37 y ss.).

7 *Cfr.* mi trabajo "Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre", *FS Batliner*, 1993, pp. 397 y ss.

8 En relación con los países en vías de desarrollo, *cfr.* mi "Studien über die Entwicklungsländer und Kleinstaaten", *Rechtsvergleichung...*, *cit.*, nota 1, pp. 791 y ss.

Acerca de qué y cómo se pueden componer los elementos del Estado desde el punto de vista científico-cultural, se indican aquí sólo unos rasgos generales: no sólo en el "federalismo cultural" de Suiza y de raigambre alemana, no sólo en el "nuevo regionalismo" que quizá madure en Italia, pues de la diversidad surge la fuerza creadora de lo cultural evidente para el Estado constitucional, que se manifiesta en todas las formas de aparición del derecho constitucional cultural. Comienza con los fines educativos como la tolerancia, la responsabilidad y, como algo nuevo: la conciencia ambiental (*cfr.* las Constituciones de Alemania oriental, como el artículo 28 de la de Brandenburgo, el 22 de Turingia, anteriormente también en la Constitución de Baviera), y termina o comienza asimismo con la educación en materia de derechos humanos, como exigen ya las nuevas Constituciones. Esto conduce a la plenitud de libertades culturales específicas como las libertades ideológica, artística y científica, profundamente conectadas todas ellas en el dicho de Goethe: "Quien tiene ciencia y arte, tiene también religión; quien no las tiene, que tenga religión".[9] Sigue con la comprensión de los artículos referentes a la lengua y las fiestas nacionales, los símbolos estatales (como los himnos), así como con la protección intensiva de los bienes culturales, que puede documentarse, tanto a nivel interno como supranacional, en el impresionante proceso de crecimiento cultural de los textos (así: el "patrimonio cultural" de la humanidad y de las naciones).[10]

4. *La dignidad del hombre como "premisa cultural antropológica" del Estado constitucional, la democracia como "consecuencia organizativa"*

"No todo el poder del Estado procede del pueblo" decía Sternberger, y Brecht cuestionó la conocida fórmula clásica ("todo el

9 *Cfr.* mi estudio "Die Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht", en Lerche *et al.*, *Kunst und Recht*, 1994, pp. 37 y ss.

10 *Cfr.* mi trabajo "Nationaler und internationaler Kulturgüterschutz", en Fechner, F. y Oppermann, T. (eds.), *Kulturgüterschutz*, 1995, pp. 91 y ss.

poder viene del pueblo") con la pregunta: "¿pero, a dónde va?" Nosotros deberíamos aventurar hoy la idea de que, en el Estado constitucional, el poder constituido del Estado vuelve a los ciudadanos, de los que procede. "El pueblo" no es "titular" del poder constituyente en un estado de naturaleza real o ficticio; no está sin constituir y no decide normativamente desde la nada, en el sentido del positivismo sociológico de un Schmitt.[11] Los sujetos son los ciudadanos unidos culturalmente entre ellos, la comunidad de los ciudadanos. La localización en los ciudadanos del llamado "poder constituyente" construye también el puente para el principio democrático. La democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, no es más, pero tampoco es menos. A partir de ahí se forman, en pie de igualdad, las variantes de democracias directas e indirectas, que, en el mejor de los casos, se combinan como "fórmula mixta". La concepción de la "democracia indirecta" como la apropiada[12] se revela como una jerga muy alemana sobre "lo apropiado" (Adorno). De ese entendimiento de la democracia surgen también cuestiones sobre el déficit democrático en la Unión Europea, sobre el espacio público europeo, y sobre un derecho de partidos europeos, que está por construirse (*cfr*. artículo 138a del Tratado de Maastricht).[13]

El principio de la dignidad humana será elaborado por el Tribunal Constitucional Federal sobre la base de la formulación de Dürig y desarrollado culturalmente.[14] Debe mencionarse también la cuestión de la imagen del ser humano, "moderadamente optimista", aunque provista de un cierto escepticismo como el que se

11 *Cfr.* Häberle, P., "Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat, eine vergleichende Textstufenanalyse", también en *Rechtsvergleichung...*, *cit.*, nota 1, pp. 135 y ss.

12 Böckenförde, E.-W., "Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie", *FS Eichenberger*, 1982, pp. 301 y ss.

13 *Cfr.* en la doctrina, Tsatsos, D. *et al.* (eds.), *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, 1990.

14 *Cfr.* mi trabajo "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", *HdbStR*, t. I, 1987, p. 815 (839 y ss.). *Cfr.* igualmente, Hofmann, H., "Die versprochene Menschenwürde", *AöR*, 118 (1993), pp. 353 y ss.

encuentra en Montesquieu ("El hombre tiende por naturaleza a abusar del poder"):[15] todas las formas de la división de poderes en su sentido estricto (estatal) y amplio (en la sociedad) tienen aquí su raíz. El lema: "retorno a la naturaleza" (Rousseau) debe sustituirse por el de Gehlen: "retorno a la cultura". La educación como formación es la otra cara de toda libertad fundamental, también y precisamente, en la "Constitución del pluralismo".

5. *La Constitución del pluralismo: formas de una diferenciación y apertura exterior del Estado constitucional*

La Constitución del pluralismo debe ser reivindicada hoy especialmente en tres campos: en el ámbito nacional, en la exigencia de federalización o de regionalización y en la apertura de todos los Estados constitucionales hacia la comunidad internacional ("Estado constitucional cooperativo").

A. *Nación y Estado constitucional: normalización-relativización, normativización-la protección de las minorías*

El Estado constitucional europeo tiene que darse cuenta hoy, como rara vez tuvo que hacerlo antes, de la importancia de lo nacional. ¿En qué lugar se encuentra la nación en la "Europa de los ciudadanos", de las "regiones", de las "patrias"? ¿Son idénticos, en parte o totalmente, nación y Estado constitucional? Nos puede ser de ayuda la poetisa Sarah Kirsch, para quien se trata más de la lengua materna que de la patria.[16] El debate actual sobre la identidad nacional no puede desarrollarse aquí en su integridad, aunque sí es posible dar algunas indicaciones. El Estado

15 *Cfr.* mi estudio *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 1988.

16 Kirsch, Sarah, "Von einer Hexenjagd auf Konservative kann wirklich nicht die Rede sein", *FAZ*, 30 de septiembre de 1994, p. 39.

nacional clásico no puede ya considerarse un modelo obligado para el Estado constitucional. En su actual nivel de desarrollo, todos los Estados constitucionales, ya sean mono o multiculturales, tienen que ser concebidos de manera pluralista: incluso Francia, que encuentra su identidad cultural y política en la "república", tiene que ser tolerante con el Islam como que ya es segunda religión del país. Suiza ha construido hace tiempo, también gracias a su ejemplar libertad lingüística, un camino hacia el pluralismo interno. Alemania lucha dolorosamente por la protección expresa de las minorías culturales; la en gran parte poco afortunada "Comisión Constitucional Conjunta" ha trabajado sobre ello, aunque no se haya materializado en las reformas constitucionales puntuales de otoño de 1994.[17] Esto sorprende todavía más si se tiene en cuenta que las nuevas Constituciones de los *Länder* han aventurado cláusulas ejemplares de protección de las minorías; así, los artículos 5o. de la Constitución de Schleswig-Holstein (1990), 25 de la Constitución de Brandemburgo (1992) y 5o. de la Constitución de Sajonia (1992).[18]

Aquí y ahora puede aventurarse la afirmación de que la plena protección étnica, cultural, religiosa, etcétera, de las minorías pertenece, en mi opinión, al nivel de crecimiento actual del Estado constitucional y tiene que reflejarse en un desarrollo más maduro de los textos. El Consejo de Europa vigila las reformas en los países del Este europeo, para determinar cuán intensa es su protección de las minorías, cuestión que es de actualidad en Letonia (en relación con la minoría rusa). La nueva Constitución de Rumania presenta aquí un déficit enorme.[19] La protección de las

17 El texto del artículo 20 b propuesto debería decir: "El Estado respeta la identidad de las minorías étnicas, culturales y lingüísticas" (cito por el informe de la GVK, 5/93, 1993, p. 31; *cfr.* mi propuesta anterior en "Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus", *Die Verwaltung*, 24 (1991), p. 169 (206 y ss.).

18 *Cfr.* textos y comentarios en *JöR*, 42 (1994), pp. 149 y ss.

19 *Cfr.* mi "Einführung und Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd)Osteuropa und Asien", *JöR*, 43 (1995), pp. 335 y ss., 419 y ss.

minorías es un elemento estructural naciente del Estado constitucional, sobre todo en Europa. La teoría constitucional tiene que hacer todo lo posible por promoverlo. El desarrollo más avanzado se da en Hungría, que considera a las minorías como "factores de integración del Estado". En el extremo opuesto se puede mencionar la barbarie en la ex Yugoslavia, donde en algunos estados la "limpieza étnica" parece desplegar una fuerza conformadora del Estado. Aquí se hace una cruel realidad la metáfora de la "banda de ladrones", convirtiendo a la ex Yugoslavia en campo de estudio de la imagen del hombre, la concepción del Estado, la regresión de la cultura, etcétera.

Desde el punto de vista teórico-constitucional la protección de las minorías se manifiesta como una forma de diferenciación interna del Estado constitucional, como relativización y refrenamiento normativo de lo nacional. En el estadio de desarrollo del Estado constitucional, sólo es posible hablar de una "Constitución del pluralismo", si existe una protección suficiente de las minorías, la que en tal sentido comienza con la tolerancia y respeto a la dignidad de los otros, como fines de la educación, y termina con un *ombudsman* y con cláusulas formalizadas de protección de las minorías.[20] Un término clave es el de "república abierta" (Oberndörfer).

B. *Federalismo y (naciente) regionalismo como principio estructural interno del Estado constitucional*

Aquí seré muy conciso en mi bosquejo, por lo que formulo únicamente la tesis: el Estado constitucional como modelo tiene que estructurarse hoy de manera federal o regional. Incluso Estados unitarios clásicos como Francia marchan por el camino de la regionalización. Desde Europa ese desarrollo ha conseguido un fuerte impulso (incluso en el Tratado de Maastricht: *v. gr.*

[20] *Cfr. Die multikulturelle und multiethnische Gesellschaft*, Fleiner, T. (ed.), Fribourger Föderalismus-Institut, 1995.

el Comité de las Regiones, artículo 198).[21] El tiempo del Estado unitario centralizado ha terminado para el Estado constitucional. Basado sobre los derechos humanos y ciudadanos, el Estado constitucional descubre la pluralidad cultural interna, reconoce el valor de las distintas formas de división del poder y comienza a valorar en serio la democracia local, diversificándose en un sentido federalista o regionalista.[22]

C. *La apertura del Estado constitucional a la comunidad internacional (el* “*Estado constitucional cooperativo*”*)*

La naturaleza abierta (Vogel) del Estado constitucional cooperativo (Häberle)[23] marca un nuevo indicador del nivel de desarrollo actual en nuestra materia.

Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también los correspondientes convenios regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos, forman un elemento de esa apertura hacia el exterior del Estado constitucional. Ello es expresivo hoy de la existencia de una “comunidad mundial de Estados constitucionales”. Pensamos que con una intención cosmopolita, en el sentido de Kant, a pesar de todos los retrocesos y las recaídas en la era nacional. Resulta tan perceptible el condi-

21 *Cfr.* Stein, T. “Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus”, *VVDStRL*, 53 (1994), p. 26 (pp. 41 y ss.). Sobre la doctrina austriaca, *cfr.* Morass, M., *Regionale interessen auf dem Weg in die Europäische Union*, 1994; Schäffer, H. “Die Länder-Mittwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Integration”, *FS Schambeck*, 1994, pp. 1003 y ss.; *cfr.*, en el mismo lugar, el trabajo de Weber, pp. 1041 y ss.

22 Sobre esos motivos de legitimación, *cfr.* Häberle, P., “Grundfragen einer Verfassungstheorie des Regionalismus in vergleichender Sicht”, en Kramer, J. (eds.) *Regionalimus*, Hannover, 1996. Existe versión española (por Francisco Balaguer Callejón y F. de Borja López Jurado) en Häberle, P., “Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada”, en varios autores, *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, vol. II, pp. 1161-1190.

23 Häberle, P., “Der kooperative Verfassungsstaat” (1978), en la obra del mismo autor, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, pp. 407 y ss.

cionamiento supranacional del Estado (von Simson), como el condicionamiento estatal de lo supranacional. Nos situamos, de este modo, en el segundo elemento que referíamos al principio: lo "europeo" en el Estado constitucional.

III. El Estado constitucional europeo

En este breve apartado se esbozará, en cinco puntos, lo específicamente europeo del modelo de "Estado constitucional".

1. *El Estado constitucional como obra común y proyecto europeo-atlántico*

El Estado constitucional europeo no podría ser concebido, ciertamente, sin las aportaciones de Norteamérica. En otras palabras: el Estado constitucional europeo ha sido, históricamente y hasta hoy, una obra común de Europa y de los Estados Unidos, un proyecto no terminado, permanentemente abierto, que se desarrolla en el nivel de maduración de los textos. Esta evolución comienza con la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, al mismo tiempo que con la obra de Smith *La riqueza de las naciones*, así como los *Federalist Papers* (1787) y continúa en algunos hitos del Estado constitucional, como el desarrollo del federalismo y de la jurisdicción constitucional en Estados Unidos. Ciertamente, en Europa se elaboraron previamente algunos antecedentes: las ideas de Locke, Montesquieu, Rousseau y, en general, los textos clásicos como los de Jonas o Sir Popper últimamente, influyen en cuanto derecho constitucional en sentido amplio. Todo esto se ha condensado en un patrimonio cultural del derecho atlántico-europeo de procedencias individuales diversas que difícilmente se pueden inventariar en conjunto, pero que aparecen en las fechas clave de 1789, 1848, 1945. A ello hay que añadir las partes constitutivas de la cultura jurídica europea, que tienen

hoy su lugar bajo el "techo" de la Constitución sin renunciar a su identidad: así, por ejemplo, la estructura propia del "derecho civil común europeo" que nos conduce al derecho romano. Deben mencionarse también la historicidad y el carácter científico de la dogmática jurídica; la independencia de la jurisdicción, en correspondencia con la división de poderes; la neutralidad ideológica y confesional del Estado que se deriva de la libertad religiosa; la cultura jurídica europea como diversidad y unidad, así como la tensión entre el particularismo y la universalidad de la cultura jurídica europea.[24]

La teoría constitucional europea debe subrayar que cada nación ha prestado, a largo plazo, su específica aportación a esta obra colectiva: Gran Bretaña, la democracia parlamentaria; Francia, los derechos humanos de 1789; Suiza, el Estado federal de 1848; Austria, la jurisdicción constitucional (1920); Italia y España, el regionalismo (en 1947 como texto constitucional temprano, en Italia; desde 1978 como realidad constitucional sólida en España); Alemania, la ampliación de la jurisdicción constitucional, quizá el derecho eclesiástico del Estado, a veces, teorías avanzadas sobre derechos fundamentales.

Para mostrar la luz que cada cultura jurídica nacional ha dado a la cultura europea común, sería necesario contar con un Schiller de la teoría constitucional europea, que vinculara sus obras *María Estuardo* por Inglaterra, *Guillermo Tell* por Suiza, *Don Carlos* por España, *La doncella de Orleans* por Francia y (sin concluir) *Demetrio* por Rusia.

2. *La europeización del Estado constitucional*

La europeización del derecho en su conjunto, pero también de sus disciplinas particulares, ha prosperado hasta llegar a ser una expresión conocida. El "derecho civil común europeo" (caracte-

24 *Cfr.* Häberle, P., *Europäische Rechtskultur*, 1994, especialmente las pp. 21 y ss.

rizado inicialmente por Kötz),[25] encuentra su correspondencia en el "derecho constitucional común europeo".[26] Indicaciones posteriores nos proporciona Coing y su frase: "desde Bolonia hasta Bruselas", en cuanto a las investigaciones sobre la historia jurídica europea, pero también los esfuerzos en el ámbito del derecho laboral o social, y también en materia del derecho penal europeo. Para la teoría constitucional esos desarrollos generales, que no deberían perderse en la indefinición, pueden manifestarse en tres ámbitos, que veremos a continuación.

A. *La "europeización" por medio del derecho europeo en su sentido amplio y estricto*

Derecho europeo en sentido estricto es el derecho comunitario de la Unión Europea. En la ciencia ha conducido a aportaciones tan brillantes como el "derecho administrativo europeo" (Schwarze, 1988), el hallazgo del derecho privado europeo en la Comunidad Europea (P.-C. Müller-Graff, 1989), y acciones precursoras, como el derecho comunitario europeo de Ipsen (1970). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha contribuido, por ejemplo, con la consideración de los derechos fundamentales como "principios generales", que ha hecho aparecer al derecho europeo casi como un derecho pretoriano análogo al derecho de los juristas en Roma. El derecho europeo en sentido amplio es el derecho del Consejo de Europa, que tiene su punto culminante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Austria y Suiza han sido miembros pioneros respecto de otros Estados, al atribuir a la Convención Eu-

[25] Kötz, H., "Gemeineuropäisches Zivilrecht", *FS K. Zweigert*, 1981, pp. 481 y ss.

[26] Häberle, P., "Gemeineuropäisches Verfassungsrecht", *EuGRZ*, 1991; ahora en la obra del mismo autor, *Europäisches Rechtskultur*, 1994, pp. 33 y ss. Existe versión española (por Emilio Mikunda) "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 79, 1993.

ropea de Derechos Humanos rango constitucional.[27] Este derecho europeo en sentido amplio debería contar con la atención de la teoría constitucional europea, puesto que conforma un nivel de crecimiento del propio Estado constitucional europeo.

B. *El derecho constitucional común europeo*

El derecho constitucional común europeo, introducido en el debate en 1991,[28] describe un aspecto del Estado constitucional europeo. Se alimenta del pensamiento jurídico y de los principios comunes (en el sentido de Esser), sin querer suprimir la diversidad de las culturas jurídicas nacionales. No es posible describir aquí cada uno de los elementos singulares que integran este concepto, pues debemos referirnos a otras cuestiones.

C. *El derecho constitucional europeo "nacional"*

Una dimensión hasta ahora poco estudiada de la europeización será caracterizada aquí como derecho constitucional europeo "nacional".[29] Con ello nos referimos a los artículos sobre Europa —cuantitativa y cualitativamente en aumento— que pueden encontrarse en las Constituciones europeas. La Ley Fundamental alemana, en particular, ha incorporado recientemente muchos artículos de esa naturaleza (artículos 23, 24.1a, 45, 50 y 88).

27 *Cfr.* Bleckmann, A., "Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?", *EuGRZ*, 1994, pp. 149 y ss.

28 Véase, *supra*, referencia a mi trabajo del mismo nombre en la nota 26.

29 *Cfr.* mi trabajo "Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe für den Ausbau von nationalem *Europaverfassunsrecht*", *FS Everling*, 1995, pp. 335 y ss. Recientemente el SPD propuso en Baviera, a través de su portavoz sobre política europea, una reforma de la Constitución de Baviera con un nuevo artículo sobre Europa (citado por el Nordbayerischer Kurier del 25 de abril de 1995, p. 5) con el siguiente texto: "Baviera promueve la Unión Europea y aboga por la participación de las regiones autónomas en la formación de la voluntad de las comunidades europeas y la Europa unida. Baviera coopera con las otras regiones europeas y apoya las relaciones transfronterizas entre las comunidades e instituciones vecinas".

En las nuevas Constituciones de los *Länder* de Alemania Oriental se encuentran, siguiendo el modelo del Sarre (artículo 60 de la Constitución de 1992), impresionantes programas europeos, por ejemplo, en relación con el regionalismo trasnacional. Incluso el Cantón de Berna hace referencia a Europa en su Constitución de 1993 (artículo 54.1). Susceptibles de desarrollo son las referencias expresas a la Convención Europea de Derechos Humanos (*cfr*. el preámbulo de la Constitución de Jura de 1977 y el artículo 2.3 de la Constitución de Brandemburgo de 1992). En esa evolución es importante destacar que el Estado constitucional nacional interioriza aquí la idea de Europa, convirtiéndola en un asunto propio de manera más intensa que lo que el derecho europeo en sentido estricto le permite, considerado más como algo que crece "desde afuera". Precisamente hoy, cuando salen a relucir algunas dudas e inseguridades frente a la Unión Europea, este derecho constitucional europeo "interno" puede preparar el camino para la "Europa de los ciudadanos y las regiones" y hacer crecer nuevas posibilidades de identificación y más "conciencia europea". En todo caso, estos artículos sobre Europa se inscriben dentro del proceso de desarrollo gradual de los textos del Estado constitucional europeo, en tanto queda abierto de qué "Europa" se habla.

De la formación y el desarrollo del "derecho constitucional europeo nacional" en sus múltiples formas de aparición, se derivan también consecuencias en relación con problemas constitucionales concretos, como las cuestiones particulares que plantea el artículo 32 de la Ley Fundamental. Su apartado 1 tiene que leerse de manera completamente nueva, "europeizada". Si desde 1949 ha dicho: "Corresponde a la Federación la conducción de las relaciones con los Estados extranjeros", desde el nuevo artículo sobre Europa (artículo 23 de la Ley Fundamental) de 1992, puede cuestionarse si los Estados operantes en el contexto de Europa son realmente aún "Estados extranjeros". En otras palabras: los Estados europeos ya no son más, recíprocamente, "país extranjero". El esquema exterior-interior está esencialmen-

te en cuestión en Europa. Esto significa, por ejemplo, que la creciente política europea de los *Länder* no se ampara sólo en el artículo 23 de la Ley Fundamental. También el artículo 32.2 debe leerse de nuevo a la luz de la europeización. “Condiciones particulares de un *Land”* puede incluir también su participación regional europea. La discutida “política exterior adjunta” de los *Länder* alemanes no lo será más en la “confederación de Estados” europeos. Esta derivación del derecho constitucional europeo nacional exige una revisión interpretativa o constitucional de preceptos como el artículo 32 de la Ley Fundamental. La europeización del hasta ahora clásico derecho constitucional nacional puede provocar el desmoronamiento de construcciones dogmáticas completas.

Un cuestionamiento y relativización del elemento “territorio del Estado” se encuentra en el nuevo tipo de artículos constitucionales de los últimos tiempos sobre el tema “vecindad” y la correspondiente superación de fronteras. Pensamos en el nuevo (1992) artículo 24.1a de la Ley Fundamental: la transferencia de derechos de soberanía a las “instituciones colindantes”; también en el siguiente párrafo del preámbulo de la nueva Constitución del Cantón de Appenzell A. Rh. de abril de 1995: “Queremos, más allá de las fronteras, conformar un orden vital libre, pacífico y justo”, esto significa, ciertamente, más allá de las fronteras internas y externas, sobre todo cuando en el artículo 1.2 de esa Constitución se habla de cooperación “con los otros cantones y con los países extranjeros vecinos”.

3. *El concepto abierto de Europa, la incorporación de Europa del Este*

Después de “1989” es indudable que Europa se ha abierto hacia el Este y que debe abrirse a los Estados poscomunistas reformados. A ello se agrega que esos países, como las repúblicas bálticas, Polonia, Hungría, Rumania y Bulgaria, quieren volver, declaradamente, “hacia Europa”. La intensidad y riqueza del

proceso de recepción del Oeste por el Este en la adopción literal de muchos principios de los Estados constitucionales de Europa Occidental, que se puede comprobar en las nuevas Constituciones de allí, nos muestra hasta qué punto el Estado constitucional europeo se ha convertido en atractivo para el Este, el Sudeste y el Centro de Europa en sus elementos integrantes: los derechos fundamentales, la democracia, la economía de mercado, la división de poderes y el Estado de derecho.[30]

A esto se añade la presión de estos Estados reformados para convertirse en miembros del Consejo de Europa o de la Unión Europea, aunque formalmente están ya en camino de convertirse en participantes en el derecho europeo, en sentido amplio y estricto. A mediano plazo, sus culturas jurídicas nacionales querrán y podrán realizar, ciertamente, nuevas y propias aportaciones. Será decisivo, sin embargo, que el concepto de Europa se manifieste tanto en sentido geográfico como cultural, flexible y abierto hacia el Este, quizá hasta los Urales. ¿Pertenece también Turquía a los Estados constitucionales europeos, o adolece del sentido geográfico o jurídico-cultural? (se cierne, desde luego, la amenaza del retorno al fundamentalismo islámico). Probablemente se pueda concebir el concepto de Europa como un conjunto abierto, que permanece flexible en sus fronteras y que está integrado por elementos geográficos, culturales y jurídico-culturales que no son enteramente idénticos.

4. *El "jurista europeo"*

Como cuarta característica del Estado constitucional europeo, debe destacarse el "jurista europeo". En cuanto una sociedad abierta de los constituyentes e intérpretes europeos comienza a desarrollarse, surge una sociedad abierta de juristas europeos. Ya

[30] *Cfr.* mi trabajo "Verfassungsentwicklungen in Osteuropa-aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre" (1992), ahora en *Europäische Rechtskultur*, 1994, pp. 101 y ss.

en los tiempos de Weimar había en los diversos países teorías del derecho público que cultivaban la ciencia jurídica europea; en Italia podría mencionarse un Mortati, en Francia un Hauriou, y en España un Rubio Llorente. En el plano estudiantil los programas "Erasmus", "Sócrates" y "Tempus" abren el camino para un "jurista europeo". ¿Qué lo caracteriza? No sólo el conocimiento del derecho europeo en sentido amplio y estricto, aunque eso también lo sea. El "jurista europeo" debería, en cada cuestión de su derecho nacional, reflexionar siempre, desde el principio, acerca de las similitudes y diferencias con otros Estados constitucionales europeos y sus correspondientes derechos, sobre los "hombros de los gigantes", desde Aristóteles y los juristas romanos y sus textos clásicos, también la jurisprudencia; incluso son relevantes los textos de poetas como Shakespeare (en *El mercader de Venecia*); también los de un Schiller sobre el derecho natural. El derecho comparado en el campo de tensión de la cultura jurídica europea encuentra su ámbito de práctica natural, por ejemplo, como "quinto método de interpretación" desde el canon de Savigny de 1840. También los diferentes géneros doctrinales tienen que contribuir a esa europeización "interna": a través de la incorporación integradora de los órdenes jurídicos de otros países en Europa. Sólo así será completada la "europeización" de Europa en el campo del derecho.[31] Lo que la jurisdicción constitucional europea, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea aportan a la comparación jurídica, debería convertirse en la tarea normal de todo jurista europeo.

5. *La cuestión de la verdad en el Estado constitucional*

Con esta última indicación se cierra el círculo y se abre al mismo tiempo. El Estado constitucional europeo forma un foro incomparable para la cuestión de la verdad: no porque conozca

31 *Cfr.* mis estudios en *Europäische Rechtskultur*, *cit.*, nota anterior, *passim*.

"verdades absolutas, acabadas", proclamadas e impuestas a través de los juristas, sino porque gracias a los derechos fundamentales como libertades culturales, y gracias a la democracia como "gobierno temporal", en el sentido de Popper, permite derribar a los gobiernos sin derramar sangre y dejar morir a las teorías en lugar de las personas. El "racionalismo crítico" de Popper, conectado con el consenso cultural fundamental, que se presenta, en el eje del tiempo, como "contrato cultural entre generaciones" es, en mi opinión, la filosofía convincente del Estado constitucional europeo. Esto significa que la verdad existe, aunque nosotros no podemos saber si la hemos reconocido.

Todo lo que podemos hacer es "proyectar y suponer". El proceso de ensayo y error, la formulación de hipótesis falsables y la interdicción de la mentira (Kant) nos ayudan "de momento" en el acercamiento a la verdad en el campo científico y político. Pensamos en los textos pertinentes de Lessing y en la concepción de la ciencia de Von Humboldt. La "Constitución de la libertad" se encuentra aquí con la sociedad abierta hasta la transformación práctica en la Europa de hoy.[32] Ciertamente uno se debería guardar de tener una "filosofía casera"; sin embargo, me parece que para la "casa europea" abierta y su correspondiente Estado constitucional de la actualidad resulta especialmente apropiado el pensamiento de Popper.

IV. Perspectivas y conclusión

La representación del Estado constitucional europeo no puede ser única: una nueva forma de "eurocentrismo". No puede hacerse, por ejemplo, como aislamiento de los países en desarrollo sino con la construcción de puentes. Así, deben conservarse los lazos incomparables existentes entre Europa y Latinoamérica, gracias a España (recientemente, se constata esto en la línea que

32 *Cfr.* mi trabajo *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995; aspectos parciales antes en *FS Mahrenholz*, 1994, p. 149 (pp. 161 y ss.).

va desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta la de Colombia de 1991). También debe intentarse el diálogo con los países islámicos (quizá sea posible una aproximación si tenemos presente la feliz simbiosis de las tres religiones mundiales en España hasta 1492). La “universalidad” de los derechos humanos tiene que dejar espacio para las variantes culturales en el contexto de los países lejanos. La “paz perpetua” en el sentido de Kant y (aquí necesita la sociedad abierta “utopías concretas”) permanece como un proyecto obligado. En el Estado constitucional europeo se tiene un puntal: con propósitos cosmopolitas y con consecuencias cosmopolitas.

¿POR QUÉ LA UNIÓN EUROPEA NECESITA UN MARCO CONSTITUCIONAL?*

Jürgen HABERMAS

SUMARIO: I. *¿Por qué deberíamos asumir el proyecto de una "Unión cada vez más estrecha"?* II. *¿La Unión Europea puede llegar a ser un Estado federal?* III. *Interrogaciones constitucionales.*

Existe un contraste considerable entre las expectativas y las exigencias de quienes, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, trataban por todos los medios de hacer avanzar la unificación europea y quienes, en la actualidad, pretenden continuar ese proyecto; hay por lo menos una diferencia impresionante de retórica y en el objetivo final. Mientras que la primera generación de los partidarios más influyentes no dudaba en hablar de un proyecto de "Estados Unidos de Europa", evocando con ello el modelo de los Estados Unidos de América o de Suiza, el debate actual se aleja del modelo de un Estado federal, evitando incluso el término "federación".[1] El libro reciente de Larry Siedentop acerca de la "Democracia en Europa" deja ver un estado

* "Pourquoi l'Union européenne a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel?", conferencia pronunciada en la Universidad de París el 6 de diciembre de 2000, seguida de un debate con el sociólogo Alain Touraine y la juez constitucional Dominique Schnapper. Publicada en *Cultures en Mouvement*, núm. 35, marzo de 2001. Agradecemos a Armand Touati la autorización para la presente traducción y publicación. Traducción de Bernardo Bolaños.

1 Niess, Frank, "Das "F-Wort". Europäische Begriffsverwirrungen", *Blätter für deutsche und internationale Politik*, septiembre de 2000, pp. 1105-1115.

de ánimo aún más circunspecto, más cercano de la visión de Jacques Chirac que de la de Joschka Fischer:[2]

> Un gran debate constitucional —escribe— no implica necesariamente un compromiso previo en favor del federalismo como la salida más deseable en Europa. Es posible que Europa esté a punto de inventar una nueva forma política, algo que sea más que una confederación pero menos que una federación; se trataría de una asociación de Estados soberanos que no unirían su soberanía sino en diversos grados, en esferas muy restringidas; asociación que no buscaría poseer un poder coactivo destinado a actuar directamente sobre los individuos, de la manera como lo hacen los Estados-nación.[3]

Nos preguntamos si ese cambio de clima es la señal de un realismo sano, resultado de un proceso de aprendizaje de más de cuatro décadas, o bien de una pusilanimidad contraproducente si no es que de un puro y simple derrotismo.

Sea como sea, cuando dicho autor se queja por la ausencia de todo debate constitucional profundo e inspirado sobre el destino de Europa —debate que despertaría la imaginación de los pueblos europeos—, Sidentop no comprende lo esencial. Nuestra situación no es de ninguna manera comparable a la de los federalistas americanos o a la de los miembros de la Asamblea Constituyente en Francia. Al final del siglo XVIII, en Filadelfia y en París, los padres fundadores americanos y los revolucionarios franceses estaban involucrados en un tipo de práctica innovadora y extraordinaria que el mundo nunca había visto. Luego de más de dos siglos de creación constitucional, ya no nos situamos, en el umbral del siglo XXI, en un nuevo tipo de práctica; la cuestión constitucional tampoco es el corazón del problema que

2 Presidente de Francia y ministro de relaciones exteriores alemán, respectivamente, al momento de pronunciarse la conferencia [N. del T.].

3 Véase Siedentop, Larry, *Democracy in Europe*, Londres, Penguin Books, 2000, p. 1.

debemos resolver. El desafío no consiste en *inventar* algo, sino en *conservar* las grandes realizaciones democráticas de los Estados-nación europeos, más allá de sus propios límites. Al lado de las garantías formales del Estado de derecho, dichas realizaciones incluyen un cierto nivel de bienestar social y un cierto grado de autonomía privada *efectiva*, que se ha convertido en un aspecto de la legitimación democrática. En razón de esta adaptación del derecho a exigencias materiales, el debate constitucional sobre "el devenir de Europa" depende sin embargo de discusiones altamente especializadas entre economistas, sociólogos y politólogos, más que de juristas y filósofos.

Permítanme esbozar algunas respuestas preliminares a las preguntas más urgentes: *a)* ¿por qué deberíamos asumir el proyecto de una "Unión cada vez más estrecha" o, más específicamente, por qué deberíamos proponernos incluso adoptar simplemente una Constitución para la Unión Europea?; *b)* incluso si hubiese buenas razones para apoyar dicho proyecto, ¿la Unión Europea en su estado actual cumple las condiciones necesarias para adoptar una Constitución federal?, y *c)* si ese fuese el caso, ¿cuáles son las principales interrogantes en cuanto al modelo constitucional?

I. ¿Por qué deberíamos asumir el proyecto de una "Unión cada vez más estrecha"?

Abordaré el primer tema bajo dos ángulos: 1) los objetivos políticos inmediatos susceptibles de justificar la adopción del proyecto europeo, y 2) los dilemas que encontramos al insistir en las vías elegidas en el pasado.

1. *Justificaciones*

1) Los objetivos políticos iniciales han perdido buena parte de su significación (*a*), pero han sido reemplazados, entre tanto, por un programa político aún más ambicioso (*b*).

a) La primera generación de eurofederalistas convencidos ha iniciado el movimiento con dos objetivos inmediatos: terminar con la historia de guerras sangrientas entre naciones europeas y detener el poder potencialmente amenazador de una República Federal Alemana rápidamente recuperada de la guerra y de la derrota. Aunque todo el mundo piense que el primer objetivo ya se ha cumplido, la cuestión del establecimiento duradero de la paz sigue siendo pertinente en otro contexto. Durante la guerra de Kosovo, los participantes se dieron cuenta de diferencias sutiles pero decisivas existentes entre la manera en la cual los Estados Unidos y Gran Bretaña, por un lado, y las naciones continentales, por el otro, justificaban esta intervención humanitaria —sea sobre la base de la política tradicional de potencia, sea por razones más principistas—. Sin embargo, con motivo del cambio de estructura de la arena internacional, del surgimiento de redes trasnacionales, de desafíos y de obligaciones nuevas, existen buenas razones para actuar como si la Unión Europea fuese capaz de hablar con una sola voz en materia de política exterior y de defensa, de modo que pueda hacer valer una influencia más grande sobre las operaciones de la OTAN y sobre las decisiones de la ONU.

En cuanto al segundo objetivo —la integración pacífica de una Alemania potencialmente peligrosa—, parece haber perdido su obviedad en razón de la estabilidad creciente de las instituciones democráticas y del desarrollo de una actitud abierta (*liberal*) en ese país. No obstante, la unificación de la Alemania del Oeste y de la Alemania del Este ha despertado temores de una recaída en las tradiciones nacionales auto-afirmativas del *Reich* alemán. No tengo necesidad de entrar en ese debate, porque ni uno ni el otro de los objetivos anteriores es ya considerado como una justificación suficiente para hacer avanzar el proyecto europeo. Pero existe una tercera razón, que consiste en un argumento económico.

Los países europeos se integraron por medio de un mercado común y de la moneda única; al mismo tiempo, la circulación de

personas, de bienes, de servicios y de capital se ha acelerado e intensificado. Así, la Unión Europea encuadra una red cada vez más densa de relaciones comerciales, de inversiones "extranjeras" directas, de transacciones económicas y financieras. Al lado de los Estados Unidos y de Japón, Europa ha conquistado una posición bastante fuerte en el interior de lo que se llama la "Tríada". De todas maneras, la expectativa racional de ciertas ventajas diferenciales en la competencia por los mercados mundiales no puede, por sí misma, movilizar el apoyo político hacia el proyecto más ambicioso y más delicado de una *Unión política* que sea digna de ese nombre. Tal apoyo sólo puede esperarse si la motivación económica es asociada a una idea de otra naturaleza, digamos al interés en la conservación de una cultura específica. Los europeos están, en su mayor parte, unidos por el interés que representa la defensa de una forma de vida a la cual los ciudadanos de cualquier Estado europeo de este lado de la Muralla de Hierro han podido acceder en el curso del periodo que Hobsbawn ha llamado "la época de oro", es decir, en el curso del tercer cuarto del siglo pasado. Así, el argumento económico no cuenta, en nuestro contexto, sino a partir del momento en que sirve para estructurar una visión mucho más amplia.

b) Ya sea que nosotros interpretemos la mundialización económica como la búsqueda acelerada de tendencias a largo plazo o bien como la transición hacia una formación nueva, trasnacional, del capitalismo, ella comparte un cierto número de rasgos inquietantes con los procesos de modernización *rápida*. Comparados al *statu quo ante*, los costos sociales del cambio de estructura son repartidos de manera menos igualitaria y las diferencias crecientes entre ganadores y perdedores en cuanto a su rango económico y social van a la par de la expectativa global de cargas más pesadas en el corto término y de beneficios más grandes en el largo término.[4] Como la mundialización de los mercados

[4] Vobruba, Georg, *Das Globalisierungsdilemma. Analyse und Lösungsmöglichkeit*, ms, 2000.

es, en buena medida, el resultado de una acción política llevada a cabo conscientemente, existe también, al menos en principio, la posibilidad para los gobiernos democráticos de establecer contrapesos a las consecuencias indeseables de aquéllos mediante una política social adecuada. Dicha política tendría que responder a las necesidades de dos grupos diferentes. El objetivo sería, por una parte, llenar el déficit de tiempo de trabajo que acumulan los perdedores en el corto plazo (por ejemplo, invirtiendo en el capital humano y procediendo a hacer transferencias de tiempo de trabajo) y, por la otra, fijar compensaciones permanentes a los perdedores en el largo plazo (por ejemplo, mediante un modelo de renta básica o mediante un impuesto sobre el ingreso negativo). Pero el establecimiento de programas de este tipo está lejos de ser una empresa autopropulsada, pues los perdedores de la modernización ya no están en posición de hacer valer un derecho de veto poderoso. Las opciones en cuanto a la conservación o el abandono de un nivel apropiado de bienestar social *general* dependen en gran parte de consideraciones de justicia. Ahora bien, las orientaciones normativas no pueden tocar a las mayorías excepto en la medida en que deriven de tradiciones fuertes inscritas en culturas políticas bien establecidas.

No es una hipótesis irrealista para Europa, donde las tradiciones del movimiento obrero y el mensaje social de la Iglesia constituyen siempre un trasfondo que favorece un sistema inclusivo de seguridad social tanto para los partidos social-demócratas como para los partidos demócrata-cristianos. Sin embargo, nos preguntamos, incluso en ese caso, si los gobiernos nacionales no tendrían la posibilidad de desarrollar políticas de acompañamiento social más eficaces que las que podría emprender la Unión Europea con su pesadez notoria. Ello despierta la pregunta polémica de saber de qué manera la intensificación de la competencia mundial afecta el margen de acción de los gobiernos nacionales. En mi libro *Después del Estado-nación*,[5] puse el acento

[5] Habermas, J., *Apres l'Etat-Nation*, trad. de R. Rochlitz, Fayard, 2000.

en el paso hacia una constelación posnacional. A partir de entonces, se me han dirigido ciertas objeciones.[6] Pero, cuando menos, no existe una relación lineal entre la mundialización económica y una autonomía decreciente del Estado-nación como tampoco hay una relación inversa entre el nivel de bienestar social y el del empleo.

— Aun si el Estado, en su interacción con poderosos actores sociales en las arenas nacionales, no depende de presiones mundiales crecientes ejercidas desde el exterior, sí ha necesitado, de todas maneras, aprender a jugar un papel menos dominante. La literatura neocorporativista pone en evidencia la función moderadora de un Estado que será de ahora en adelante cooperativo, en el marco de negociaciones con entidades más o menos independientes. El Estado parece adoptar un nuevo modo de acción, más persuasivo que autoritario, aun cuando es todavía el único que dispone de los medios legítimos para el uso de la fuerza.[7]
— Aunque los gobiernos se vean obligados, bajo la presión de la competencia internacional, a bajar los impuestos sobre el capital, parecen beneficiarse todavía de la posibilidad de elegir entre diferentes opciones en ámbitos políticos que tienen un impacto directo sobre la interdependencia entre la tasa de desempleo y el nivel de bienestar social.[8]

Siendo así, ni uno ni otro argumento invalidan la tesis según la cual:

[6] Grande, E. y Risse, Th., "Bridging the Gap", *Zeitschrift für internationale Beziehungen*, octubre de 2000, pp. 235-266.

[7] Esser, J., "Der kooperative Nationalstaat im Zeitalter der Globalisierung", en Döring, Diether (ed.), *Sozialstaat in der Globalisierung*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1999, pp. 117-144.

[8] Scharpf, Fritz W., "The Viability of Advanced Welfare States in the International Economy", *Journal of European Public Policy*, núm. 7, 2000, pp. 190-228.

— Los gobiernos nacionales están cada vez más embrollados en redes trasnacionales y, por ello, dependen cada vez más estrechamente de los resultados de negociaciones asimétricas, a lo que se suma el hecho aún más importante…
— Que, sea cual sea la política que se elija, esos gobiernos están obligados a adaptarse a las restricciones de los mercados mundiales desregulados y, como consecuencia, deben aceptar desigualdades crecientes en la repartición del producto nacional bruto.[9]

Lo que está en juego es la siguiente cuestión: nuestros Estados-nación de grandes o pequeñas dimensiones, necesariamente dependientes y complacientes, ¿pueden acaso conservar, cada uno de manera separada, la capacidad de escapar al destino de adaptarse en mayor medida al modelo social hoy impuesto por el régimen económico dominante a escala mundial? De la misma manera que la visión ético-antropológica que quiere que los hombres y las mujeres sean agentes racionales que exploten su propia fuerza de trabajo, la visión moral de una sociedad que acepta exclusiones y abismos sociales cada vez mayores y la visión política que abandona partes de democracia a cambio de libertades económicas son elementos de una visión neoliberal, que es incompatible con el tipo de autocomprensión normativa que prevalece, hasta ahora, en toda Europa. Este diagnóstico sugiere otra lectura de los aspectos económicos del proyecto europeo. En la medida en que las naciones europeas parecen considerar que una regulación de la economía mundial equilibraría las consecuencias sociales desastrosas que traen consigo las desigualdades en materia de repartición de riquezas, ellas deben contar conjuntamente con la influencia determinante que adquiriría la Unión Europea en tanto actor en la escena mundial (*global player*). En relación con el futuro de la sociedad mundial, nosotros, europeos,

[9] Para el caso de Alemania, véase Hauser, R. y Becker, I., "Wird unsere Einkommensverteilung immer ungleicher? Einige Forschungsergebnisse", en Döring, D. (ed.), *op. cit.*, nota 7, pp. 40-87.

tenemos un interés legítimo por hacer oír nuestra voz en el marco de un concierto internacional que está, hasta ahora, dominado por una visión muy diferente de la nuestra.

2. *Dilemas*

2) Incluso si hacemos abstracción de este objetivo político considerable, hay otras razones para hacer avanzar el proyecto de una Constitución para Europa. Éstas se deducen de los efectos problemáticos que producen las decisiones tomadas en el pasado. Existe, en primer lugar, el desafío evidente que representa la reforma de las instituciones de la Unión Europea; ese desafío radica en el dilema actual que constituyen, por un lado, la capacidad limitada del Consejo para atenuar las divergencias entre Estados miembros, y, por el otro, la preferencia política que se expresa en favor de la integración de un número importante de nuevos miembros, lo cual agrava el problema de falta de homogeneidad y aumenta la complejidad de los sujetos cuyo tratamiento centralizado es urgente. Pero ello constituye sólo la superficie de problemas *estructurales* más graves que provienen: *a)* de la asimetría entre una integración horizontal bastante fuerte, operada por el sesgo de los mercados, y una integración vertical bastante débil de gobiernos nacionales que siguen haciéndose la competencia, y *b)* de un déficit correlativo de legitimación democrática que afecta las decisiones de la Unión Europea.

a) Hasta el presente, los gobiernos nacionales han conservado ampliamente sus competencias en materia de política financiera, económica y social, aún cuando han transferido su soberanía monetaria a una institución independiente y supuestamente apolítica: el Banco Central Europeo (BCE). Dichos gobiernos han renunciado a importantes medios de intervención. Por ese hecho, la necesidad de una armonización de las políticas nacionales aumenta, en el momento en que la unión monetaria culmina la integración económica. Practicando modelos fiscales, regímenes de política social y tipos de arreglos neocorporativistas diferentes,

los gobiernos nacionales, en el cuadro de sus diferentes tradiciones jurídicas y políticas, responden de manera diferente a los mismos desafíos, siendo que los efectos cruzados de sus políticas producen golpes que se revierten, contraproducentes para unos y otros. Las reacciones no coordinadas de gobiernos vecinos frente a las protestas provocadas por un brusco incremento del precio del petróleo, en septiembre pasado, nos ofrecen un buen ejemplo, en este caso de carácter benigno. Los gobiernos nacionales están siempre en competencia unos con otros, buscando cada uno adaptar de la manera más favorable su régimen social a las exigencias fiscales. Al mismo tiempo, están enfrentados al desafío que constituye la búsqueda de un acuerdo sobre criterios sociales mínimos; ahí se encuentra el primer paso en dirección de una unión social tal como la pregonaba Jacques Delors, unión que favorecería la convergencia europea en cuanto a los niveles de provisión y de beneficio.

b) Las disparidades producidas por una integración de largo alcance desde el punto de vista económico y una integración corta desde el punto de vista político pueden ser rebasadas por una política autorreferente, creadora de organismos políticos de un grado superior, capaces de ponerse a la altura de las presiones ejercidas por los mercados desregulados. Desde ese punto de vista, el proyecto constitucional puede ser interpretado como una tentativa conjunta de los gobiernos nacionales para reconquistar frente a Bruselas una parte de esta capacidad de intervención política que cada uno de ellos perdió en su ámbito. Esta iniciativa resolvería además otro dilema. Lo que es percibido como un déficit democrático de las principales autoridades europeas ya es fuente de una insatisfacción creciente. En la medida en que el Consejo Europeo y la Comisión superen una política creadora de mercados —limitada a una “coordinación negativa”—, para ir hacia una “coordinación positiva”, en esa misma medida el impacto, percibido a gran escala, de tales medidas sobre la redistribución demandará un tipo diferente de solidaridad cívica. Hasta aquí, los flujos de legitimación han sido canalizados casi exclu-

sivamente por las instituciones y los procedimientos democráticos de los Estados-nación, siendo que las negociaciones y los acuerdos de Bruselas están todavía lejos de tal nivel de legitimación. Las decisiones del Consejo de Ministros y de la Comisión Europea afectan ya a la mayor parte de los decretos de los cuerpos legislativos nacionales, sin estar sometidas a una discusión apropiada en las arenas nacionales, las cuales no son accesibles sino a los titulares de un pasaporte europeo.

La opacidad de este proceso de decisiones y la ausencia de toda oportunidad de participar en él provocan una desconfianza recíproca entre los ciudadanos. Claus Offe ha descrito los problemas que suscitan a la vez el miedo en el interior de las naciones y la rivalidad que existe entre ellas; son problemas ligados a la redistribución fiscal, a la inmigración *proveniente de* otros Estados y a los flujos de inversiones *que salen hacia* éstos, a las consecuencias sociales y económicas que supone la competencia acrecentada entre países que tienen niveles de productividad diferentes, etcétera. Al describir la situación actual como un "estado de naturaleza pacificado", Offe sugiere que "la creación de un Estado" sería la solución —creación de un Estado europeo que no reproduciría el modelo del Estado-nación—. Ahora bien, incluso un observador tan escéptico como Offe exige que "el organismo que realizará eventualmente un régimen de 'civilidad organizada', encargado de gobernar el espacio europeo en su conjunto..., se adapte a dos criterios de todo orden político aceptable, que la totalidad de los Estados europeos han establecido, a saber: la legitimidad y la eficacia".[10]

II. ¿La Unión Europea puede llegar a ser un Estado federal?

Acabamos de ver las razones por las cuales deberíamos impulsar el proyecto de una Constitución europea. Pero, ¿Europa,

10 Offe, C., *Is there, or can there be, a European society?*, ms, 2000, p. 13.

en su forma actual, ofrece las condiciones necesarias para el establecimiento de tal diseño? Dicho de otro modo: ¿ofrece las condiciones necesarias para la creación de una federación y no solamente de una confederación de Estados-nación? Abordaré, para comenzar, la objeción bien conocida de los euroescépticos (*1*), luego discutiré con más detalle algunos de los requisitos necesarios de una Unión que quisiera dotarse a sí misma de ciertas características estatales (2, *a-c*).

1. *La tesis de "la inexistencia de un pueblo europeo" (no-demos-thesis)*

1) Los euroescépticos rechazan la transferencia de la base de legitimidad de los tratados internacionales a una Constitución europea. Argumentan que "no hay, hasta ahora, un pueblo europeo".[11] Lo que parece faltar es, entonces, el sujeto mismo de un proceso constituyente o, dicho de otro modo, ese colectivo singular que representa al "pueblo" en tanto que éste se constituye a sí mismo como nación democrática. Esta tesis de "la ausencia de pueblo europeo" (*no-demos-thesis*) ha sido criticada a la vez a partir de bases conceptuales y a partir de bases empíricas.[12] No hay que confundir la nación de los ciudadanos con una comunidad de destino marcada por un origen, una lengua y una historia comunes. Dicha confusión desconoce, en efecto, el carácter voluntarista de una nación cívica cuya identidad colectiva no existe ni independientemente del proceso democrático que le da nacimiento, ni antes de éste.

Esta concepción cívica de la "nación", en oposición a una concepción étnica, refleja a la vez la trayectoria histórica de los Estados-nación europeos y el hecho de que la ciudadanía demo-

[11] Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Welchen Weg geht Europa?*, Munich, C. F. von Siemens Stiftung, 1997.

[12] Habermas, J., "L'inclusion: association ou enfermement? Du rapport entre Nation, Etat de droit et démocratie", *L'intégration républicaine*, trad. de R. Rochlitz, Fayard, 1998, pp. 121-150.

crática crea una solidaridad entre extranjeros, solidaridad abstracta y fundada sobre el derecho. Históricamente, la primera forma moderna de integración social se realizó gracias a nuevos mecanismos de comunicación que, efectivamente, han sido *facilitados* por los contextos compartidos de comunidades que se formaron espontáneamente. Dicho esto, el hecho de que la democracia moderna y el Estado-nación se hayan desarrollado juntos no habla en favor de ninguna prioridad de éste último con respecto a la primera. Revela más bien un *proceso circular* por el cual la democracia y el Estado-nación se estabilizaron uno al otro. Uno y otro han creado conjuntamente la innovación asombrosa de una solidaridad cívica que luego ofrece el cimiento de las sociedades nacionales. La conciencia nacional se debe tanto a la comunicación de masas de lectores que se beneficiaron de la escolaridad como a la movilización de masas de electores a los cuales se ha conferido el derecho de voto y a la de soldados convocados bajo una bandera. Esta conciencia ha sido moldeada por la construcción intelectual de historias nacionales no menos que por el discurso de los partidos que se hacían competencia en la lucha por el poder y el derecho de gobernar.

2. *Requisitos funcionales precedentes*

2) De la historia de los Estados-nación europeos podemos obtener dos lecciones. Si esta forma artificial de identidad colectiva fue el fruto de un proceso doloroso de abstracción, que condujo de una conciencia local y dinástica a una conciencia nacional y democrática, ¿por qué la formación de este tipo de solidaridad cívica entre personas, extranjeras unas a otras, sería condenada a detenerse precisamente delante de las fronteras de los Estados-nación? Las condiciones artificiales en las cuales la conciencia nacional ha nacido nos recuerdan, además, las condiciones empíricas necesarias para la extensión de dicho proceso improbable de formación de la identidad más allá de las fronteras nacionales: *a)* el nacimiento de una sociedad civil europea; *b)* la

construcción de un espacio público de escala europea y *c)* la creación de una cultura política susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos europeos.

a) Considerados de ese modo, esos puntos de convergencia en el seno de un proceso bastante complejo son los requisitos funcionales necesarios para una Unión Europea democráticamente constituida. A pesar de ello, esos procesos anticipados dependen en su momento del efecto de catálisis y del papel activador de un cuadro constitucional. Europa debe aplicar a sí misma "la lógica de una creación circular del Estado y de la sociedad que ha dado forma a la historia moderna de los países europeos".[13] Podemos suponer que entre más autonomía financiera adquiera la Unión Europea y más amplias atribuciones pueda ejercer el Parlamento, el centro de gravedad de las prácticas nacionales, que hasta ahora solamente han sido establecidas en sociedades civiles diversas, se desplazará él también. Las actividades de los partidos políticos, de los grupos de cabildeo y de los grupos de interés público, de las organizaciones de comercio, de los sindicatos y de los grupos profesionales, de las asociaciones cívicas y culturales, de las comunidades religiosas, de los movimientos sociales y de las formaciones de protesta serían, en mayor medida, transferidas de las capitales nacionales a Estrasburgo y a Bruselas.

Aún más importante, los intereses comprometidos aquí, que se desarrollaron al mismo tiempo en virtud de la ideología política, del sector económico y del empleo, de la clase social, de la religión, del carácter étnico y del sexo, se fusionarían superando las fronteras nacionales.[14] Vista de este modo, la reconstitución trasnacional de intereses paralelos daría nacimiento a un sistema de partidos propiamente europeos y a redes transfronterizas,

[13] Offe, Claus, *op. cit.*, nota 10, p. 13.

[14] Schmitter, Ph., "Imagining the Future of the Euro-Polity", en Marks, Gary y Scharpf, Fritz W. (coords.), *Governance in the European Union*, Londres, Sage Publications, 1996, pp. 121-150.

siendo reemplazados los principios de organización territoriales por principios funcionales.

b) No habrá remedio al déficit de legitimación sin un espacio público a la escala de Europa, por el cual los ciudadanos de todos los Estados miembros sean incluidos en el proceso englobante de una comunicación política recentrada. La legitimación democrática requiere un contacto mutuo entre, de un lado, la deliberación institucionalizada y la toma de decisión en el interior de los Parlamentos, de los tribunales y de los cuerpos administrativos, y, por el otro, el proceso inclusivo de una comunicación de masas informal. Por el momento, la infraestructura necesaria para la producción a gran escala de opiniones públicas diversificadas sólo existe dentro de los límites de los Estados-nación. Un espacio público a la escala de Europa no debe ser concebido como la simple proyección de un modelo que nos es familiar, de un nivel nacional al nivel europeo. Nacerá más bien de la apertura, *de unos a otros*, de los universos nacionales existentes, y dará lugar a la interpenetración de comunicaciones nacionales recíprocamente traducidas. No se requiere de una comunicación pública estratificada, cuyos estratos correspondan punto por punto a un "piso" diferente en un sistema político de varios niveles.

La infraestructura comunicacional de un espacio público democrático tiene como función transformar los problemas sociales en temas de debate y permitir a los ciudadanos referirse al mismo tiempo a temas idénticos de la misma importancia, aportando contribuciones o simplemente adoptando una posición afirmativa o negativa con respecto a noticias y opiniones. El programa político de las instituciones europeas puede ponerse en sintonía con cada una de las opiniones públicas nacionales, con la única condición de que éstas sean vinculadas entre ellas de manera apropiada. Los medios nacionales de un país restituirían la sustancia de las controversias significativas llevadas a cabo en otros países, de modo que las opiniones públicas puedan converger hacia las mismas variedades de contribuciones sobre un mismo conjunto de temas, sea cual sea su origen. El hecho de que

esos flujos de comunicación horizontales y múltiples deban pasar a través de los filtros de la traducción no reduce su función esencial.

En el interior de una Unión, en la cual los miembros son actualmente quince, se hablan trece lenguas diferentes, reconocidas oficialmente. A primera vista, eso constituye un obstáculo incómodo al desarrollo de una política compartida por todos. El multilinguismo oficial en el interior de las instituciones de la Unión Europea es necesario para el reconocimiento del valor y de la integridad iguales de todas las culturas nacionales. Pero una vez protegidos por esta garantía jurídica, es más sencillo practicar, de cara a cara, el inglés como lengua de trabajo, cada vez que las diferentes partes no tengan otra lengua común.[15] De todos modos es lo que sucede en los hechos, en círculos cada vez más grandes. Además, los pequeños países como Holanda o Dinamarca, Noruega o Suecia son buenos ejemplos de la capacidad de la educación escolar para difundir el inglés como segunda primera lengua (*second first language*) a la escala de poblaciones enteras.[16]

c) En la medida en que la creación de una opinión pública europea depende de la contribución vital de los actores de una sociedad civil europea, el espacio público europeo debe estar al mismo tiempo insertado dentro de una cultura política igualmente compartida por todos. Esta exigencia ha provocado entre los intelectuales un debate tormentoso. La incomodidad de la pregunta "¿qué es Europa?" proviene de la difusión planetaria de las realizaciones de una cultura europea que se ha impuesto en todas partes y que, dicho sea de paso, no ha reflexionado sobre

[15] Kraus, P. A., "Von Westfalen nach Kosmopolis. Die Problematik kultureller Identität in der Europäischen Politik", *Berliner Journal für Soziologie*, núm. 2, 2000, pp. 203-218; *id.*, "Political Unity and Linguistic Diversity in Europe", *Archives of European Sociology*, t. XLI, 2000, pp. 138-163.

[16] P. A. Kraus menciona una encuesta según la cual incluso la mayoría de los suizos prefieren el inglés como lengua transmisora común a las dos otras lenguas practicadas en el país.

su idea, su naturaleza y su origen sino a partir del siglo XIX.[17] Permítanme, sin embargo, que evoque dos de las experiencias históricas específicas que han conocido nuestros países, que hacen resonar el eco de reacciones que merecen ser remarcadas. Más que cualquier otra cultura, Europa ha enfrentado conflictos estructurales, confrontaciones agudas y tensiones persistentes, a la vez en la dimensión social y en la dimensión temporal.

En la *dimensión social*, la Europa moderna ha desarrollado dispositivos institucionales para resolver de manera productiva conflictos tanto intelectuales como sociales y políticos. En el curso de luchas, si no fatales por lo menos lamentables, Europa ha aprendido a enfrentar divergencias, rivalidades y cismas profundos entre poder secular y poder eclesiástico, entre ciudad y campo, entre fe y conocimiento, entre confesiones religiosas militantes y Estados-nación beligerantes. En la *dimensión temporal*, la Europa moderna institucionalizó, en términos de un sistema ideológico de partidos políticos, un espectro completo de interpretaciones rivales de la modernización capitalista —conservadora, liberal y socialista—. Durante el proceso de apropiación intelectual heroica de una rica herencia judía y griega, romana y cristiana, Europa supo llegar a una actitud sensible y a una respuesta equilibrada, tanto frente a la pérdida lamentable de un pasado tradicional en vías de descomposición, como frente a la promesa de beneficios futuros que podían obtenerse de la productividad actual y de una descomposición creativa. Además, ambas innovaciones han funcionado como un acicate que suscita una reflexión crítica acerca de nuestras actitudes ciegas y produce un descentramiento de aquellas perspectivas demasiado selectivas. No hay en ello ninguna contradicción con la crítica —que está bien, e incluso demasiado bien aceptada— de nuestro pasado eurocentrista y agresivo, pues esta crítica viene primero de una autocrítica continua. Sea como sea, la secularización de un

[17] P. den Boer, "Europe as an Idea", *European Review*, t. 6, octubre de 1998, pp. 395-402.

universalismo igualitario e individualista, que alimente nuestra autocomprensión normativa, no constituye una realización despreciable de la Europa moderna y, todo lo contrario, puede facilitar el paso hacia una democracia posnacional.

Este cuadro histórico debería hacer más fácil la transición hacia dicha democracia, basada en el reconocimiento mutuo de las diferencias entre culturas nacionales fuertes y orgullosas. Además, los Estados-nación europeos comparten desafíos idénticos, a los cuales se enfrentan actualmente. Esos Estados-nación están todos en proceso de convertirse en países de inmigración y sociedades más o menos multiculturales. Todos están expuestos a los efectos de la mundialización económica y cultural que nos hace conscientes de una herencia normativa compartida. Esta nueva conciencia de lo que los europeos tienen en común ha alcanzado una expresión admirable en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Los miembros de lo que se llama la "Convención" han alcanzado un acuerdo sobre ese documento remarcable, en un lapso considerablemente corto.

Aun si la Conferencia de Niza se contentara de "proclamar" dicho catálogo de derechos fundamentales más que de hacer una "declaración" con valor de compromiso firme, tal Carta tendrá una influencia decisiva sobre la jurisdicción de la Corte Europea de Justicia, que hasta ahora se había sobre todo preocupado, como se establece en los tratados europeos, de las "libertades de mercado". La Carta rebasa ahora de lejos tal visión tan estrecha. Ella articula una visión plenamente social del proyecto europeo.[18] El documento contiene una prueba suplementaria de lo que reúne a los europeos desde el punto de vista normativo. Tomando en cuenta las perspectivas sorprendentes abiertas por los recientes desarrollos de la biotecnología, el artículo 3o. de la Carta establece en dos vertientes el derecho de cada persona a su integridad física y mental. De este derecho se deduce en lo suce-

18 Däubler, W., "In bester Verfassung", *Blätter für deutsche und internationale Politik*, noviembre de 2000, pp. 1315-1321.

sivo la prohibición de toda práctica de eugenismo positivo, así como la clonación reproductiva de los organismos humanos.

III. Interrogaciones constitucionales

Suponiendo que el proyecto constitucional sea realizable tanto como deseable, ¿cuáles son los principales problemas de los que habrá que preocuparse para la elaboración de una Constitución europea? En su discurso del 12 de mayo de 2000 en la Universidad Humboldt, Joschka Fischer expuso los principales elementos del problema más difícil, el de saber cómo combinar adecuadamente "la Europa de los Estados-nación" con "la Europa de los ciudadanos". Mencionó también algunas alternativas convencionales que permitirían desarrollar, a partir de las instituciones existentes, un Parlamento más fuerte, un gobierno eficaz pero responsable y una Corte de Justicia designada democráticamente. Tales proposiciones[19] no agotan el abanico de opciones imaginables; de cualquier modo, Fischer aborda de manera adecuada el problema central de una federación de Estados que preservaría y debería preservar su integridad nacional, en la medida en que ocuparán una posición mucho más sólida que la que ocupan generalmente los miembros de un Estado federal. En ese contexto, algunas remarcas son quizá pertinentes.

1) La sustancia política de toda Constitución europea reside a la vez en una respuesta bien precisa a la cuestión de las fronteras territoriales y en una respuesta mucho menos precisa a la cuestión de saber cómo repartir las competencias entre instituciones federales e instituciones nacionales. En lo que respecta al primer problema de la pertenencia a la Unión, es importante decir rápidamente cuáles son los países que forman parte y los que están

19 Fischer evoca para la segunda Cámara la opción entre el modelo del Senado americano y el *Bundesrat* alemán y, para el cuerpo gubernamental, la opción entre dos construcciones, una desarrollada a partir del Consejo de Ministros europeo y la otra parecida al actual Consejo Europeo, pero con un presidente electo directamente.

excluidos. La definición de fronteras es siempre compatible con una diferenciación interna entre un centro y una periferia, relativa a la diferencia de velocidad y grado de integración. El problema de una "Europa a varias velocidades" conduce a otro problema, el de la definición provisional de competencias, la cual debería dejar un cierto margen a la experimentación. Las definiciones controvertidas en lo que respecta a qué seguirá siendo competencia legislativa exclusiva de los Estados-nación, lo que será materia de legislación concurrente y lo que será reservado al poder de decisión de las autoridades federales, debería ciertamente, desde un principio, ser establecido en sus trazos principales. Pero esta parte del centro orgánico de la Constitución debería quedar abierta a revocación y a revisión en el curso de periodos definidos de antemano, de manera tal que las contingencias imprevistas del proceso de unificación por venir puedan ser inteligentemente integradas en un cuadro constitucional estable. Este tipo de definición temporal de ciertas cláusulas es perfectamente compatible con la idea de una Constitución como proyecto democrático que busque realizar de manera cada vez más exhaustiva, en medio de circunstancias históricas que cambian, un sistema de derechos fundamentales que ha sido el objeto de una declaración.[20]

2) La "subsidiariedad" es el principio funcional adaptado a las necesidades de diversas unidades pertenecientes a una misma federación y distintas desde el punto de vista territorial. Pero entre más grandes son las diferencias —ya sea desde el punto de vista de la importancia del territorio y de la población, del peso y del desarrollo económico, del poder político, de la forma de vida cultural y de la identidad colectiva—, más grande es el riesgo de que las decisiones mayoritarias tomadas en niveles muy altos no respeten el derecho de igual coexistencia, el cual está fundado sobre el reconocimiento mutuo de la diversidad. Las minorías estructurales limitan el alcance de la aplicación de las decisiones

20 Habermas, J., *Droit et démocratie* (1992), trad. de R. Rochlitz y C. Bouchindhomme, Gallimard, 1997, capítulo IX.

mayoritarias legítimas. En tal situación, la legitimidad no puede asegurarse sino a condición de que ciertos dominios queden reservados a negociaciones consensuales. Como nos lo han enseñado países como Suiza u Holanda, los procedimientos de este tipo tienen el defecto de falta de transparencia. A este respecto, referendos organizados en toda Europa darían a los ciudadanos oportunidades más amplias y medios más eficaces de participar en la elaboración de los programas políticos.[21]

3) Dos proposiciones menos dramáticas merecen ser tomadas en cuenta. Si una parte de los miembros del Parlamento Europeo fuesen al mismo tiempo miembros de sus Parlamentos nacionales respectivos, ello permitiría superar el déficit de legitimación y reforzar las conexiones entre el cuerpo legislativo europeo y las arenas nacionales. Existe, sin embargo, un déficit no sólo del lado *input*, sino también del lado *output*, pues la legislación federal sólo es implementada por las autoridades nacionales, regionales o locales. A este respecto, Ingo Pernice[22] ha sugerido transformar el actual "Comité de Regiones" en una cámara que conferiría a los actores del Estado que actúan sin llegar al nivel nacional, una capacidad de influencia sobre los programas políticos de la Unión Europea, lo cual facilitaría la aplicación del derecho europeo en el otro extremo de la cadena.

*

Me gustaría comentar dos puntos de la intervención de Dominique Schnapper.[23] Primero, el grado de integración política del

[21] Grande, E., "Post-National Democracy in Europe", en Greven, Michael Th. y Pauly, Louis W. (coords.), *Democracy beyond the State?*, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, pp. 115-138; *id*., "Demokratische Legitimation und europäische Integration", *Leviathan*, núm. 24, 1996, pp. 339-360.

[22] Pernice, Ingo, *Wich Institutions for what Kind of Europe?*, ms, 1999; para otra concepción, véase Rousseau, Dominique, "Pour une constitution européenne", *Le Débat*, núm. 108, enero-febrero de 2000, pp. 54-73.

[23] Miembro del Consejo Constitucional francés, la socióloga Dominique Schnapper coincide con Habermas en la importancia de promover la construc-

cual es portador el patriotismo constitucional depende evidentemente de lo que entendamos por éste. Aquí ella y yo estamos más cerca de lo que hubiese pensado. El patriotismo constitucional significa evidentemente que los principios constitucionales son interpretados a la luz de historias nacionales e insertados en ellas, es decir, en el contexto específico a partir del cual se efectuó la única forma de institucionalización de tales principios que hasta la fecha se ha realizado satisfactoriamente: la de los Estados-nación. Pero yo no veo —aquí diferimos quizá sobre el plano empírico— por qué esa gran realización que son los Estados-nación no podría extenderse más allá de las fronteras nacionales; por qué sería imposible ampliar a la escala de Europa la especie muy innovadora, aunque artificial, de solidaridad que representa la ciudadanía. Es claro que para los alemanes, los principios constitucionales están anclados en la ética, en los hábitos, en las actitudes y en las prácticas de los ciudadanos, a través de un contexto completamente diferente del que ha existido en Francia. Aquí [en Francia], ustedes tienen una reescritura continua de la historia de la Revolución, que aporta un contexto de lo que ustedes entienden por "nación" —la suya—. No sólo la historia que conduce del Estado a la nación y de la nación al Estado ha sido diferente en Alemania, sino que además nosotros hemos conocido muchas tentativas frustradas de institucionalizar dichos principios y el último de los fracasos fue de un género muy particular. Así, aunque nuestras interpretaciones sean diferentes, los significados que asignamos a esos principios constitucionales son más o menos los mismos y se sobreponen en gran

ción de un espacio público europeo, pero duda de su factibilidad. Al subrayar la importancia de los aspectos cívicos y étnicos de la ciudadanía, Schnapper piensa que la legitimidad de las instituciones europeas sufre todavía de un déficit de interiorización. "La ciudadanía sólo adquiere verdaderamente sentido y organiza realmente a las sociedades históricas cuando se inscribe dentro de instituciones políticas y prácticas sociales cuya legitimidad ha sido interiorizada a lo largo de siglos". Schnapper, D., "De la difficulté de la construction d'un espace public européen", *Cultures en Mouvement*, núm. 35, marzo de 2001, p. 20 [N. del T.].

medida. Las tradiciones jurídicas y las prácticas nos lo muestran. Yo no estoy seguro, en lo que respecta a ese primer punto, que ello conduzca a hablar de una fusión entre, por un lado, dichos elementos prepolíticos, prejurídicos, preconstitucionales —elementos étnicos o históricos—, y, por la otra, los elementos cívicos. La ciudadanía es una dimensión jurídica, creada por vías jurídicas, por medio de la cual se constituye una nación cívica. Lo que significa que la encarnación de tales principios dentro de las prácticas y las costumbres pasa por una lectura histórica. Estamos de acuerdo sobre ese punto. Pero ese no es un verdadero argumento para defender la tesis según la cual el proceso de creación de una solidaridad cívica deba necesariamente detenerse delante de las fronteras nacionales.

El segundo punto enfatizado por Dominique Schnapper concierne a esta función del Estado-nación que consiste en domesticar, en civilizar y en reprimir las hostilidades étnicas y en compensar las tendencias a la fragmentación. Esa es, evidentemente, una función del Estado-nación. Pero pienso que algunos de esos conflictos que han sobrevivido a la formación del Estado-nación —en Irlanda del Norte o en Bélgica— pueden encontrar un arreglo más fácilmente en el cuadro de una unidad más amplia que deje lugar a regiones para las cuales no haya lugar en el cuadro de Estados-nación estrechamente definidos unos con respecto a otros.

En lo que respecta al cuadro largamente esbozado por Alain Touraine, éste desarrolla un universo de discurso completamente nuevo. Se trata de la mundialización.[24] Yo, por mi parte, dejé

[24] En la intervención a la que se refiere Habermas, Alain Touraine criticó el punto de vista que “acepta el declive del Estado-nación” pues, dijo, “no pienso que vivamos en una economía globalizada y en un sistema mundial. Durante los diez últimos años, hemos estado dominados por una ideología extremadamente eficaz pero que no corresponde a los hechos. La idea de globalización significa que la economía funciona a nivel planetario. A ese nivel ningún poder o autoridad política, social, moral podría controlar la economía. Por lo tanto, vivimos en un mundo en el cual el sistema económico no puede y no

abierta la cuestión de saber si se trata de un prolongamiento de tendencias de largo plazo del capitalismo trasnacional. Sea cual sea nuestra interpretación, ustedes no objetarán que hay allí una nueva constelación en la cual, justamente por razones económicas, es más difícil para los gobiernos nacionales mantener cierto nivel de bienestar generalizado y de igualdad de ingresos o incluso de propiedad. Allí la posibilidad de gravar la propiedad está restringida en comparación a lo que hemos conocido en los años sesenta o setenta. Los gobiernos nacionales disponen de menos y menos medios para controlar los recursos fiscales de las sociedades localizadas en el interior de las fronteras nacionales, proceso que parece irreversible.

Lo que no entiendo, tomando en cuenta el análisis de usted [dirigiéndose a Alain Touraine (N. del T.)], es su reacción al déficit democrático creciente de la Unión Europea. Usted dice, desde un nivel sociológico abstracto, que debemos aceptar la destrucción del principio político o de un cierto tipo de organización política.[25] Sigo siendo, por lo que a mi respecta, "europeo a la antigua" en un punto preciso: no me resigno a esas tendencias que Luhmann ha analizado de manera maravillosa y que usted parece aceptar ahora, es decir, que los principios funcionales reempla-

debe ser controlado por ninguna autoridad política. Eso no corresponde a los hechos". Touraine, A., "La séparation de l'Etat et de la Nation", *Cultures en Mouvement*, núm. 35, marzo de 2001, p. 22 [N. del T.].

25 "Debemos aceptar el debilitamiento del principio tradicional de unificación de la sociedad, evitando al mismo tiempo una oposición completa entre vida económica y libertad de elección cultural. Pero tenemos necesidad de controlar la violencia en los dos casos. Es necesario, entre ambos, un espacio público y un sistema político institucional que, yo pienso, al menos durante un futuro próximo corresponderá al espacio nacional más que a cualquier otro". Touraine, A., *op. cit.*, nota anterior, p. 23. En su conferencia, el sociólogo francés se pregunta cómo podría construirse un nuevo sistema político en un nivel incluso más elevado que el del Estado-nación, siendo que este último ha dejado de ser capaz de crear nuevas soluciones para la vida política y social. Touraine acepta la idea de una Constitución europea a condición de que ésta establezca un grado débil de integración, de modo que siga siendo la nación el espacio de regulación esencial [N. del T.].

zan a los principios normativos, o, dicho de otro modo, que la integración sistémica toma progresivamente el lugar de la integración social. Esta tendencia existe evidentemente, pero pienso que hay también algo que debe ser defendido. Para mí, nuestra autocomprensión moderna depende, desde el punto de vista normativo, de la idea de que podemos crear una organización política, democrática, de sociedades hasta ahora nacionales, organización que permita al conjunto de los ciudadanos influir mediante su voluntad en los desarrollos sociales. Es posible que yo no comprenda la posición de usted correctamente. Si usted acepta la "destrucción del principio político", si usted recomienda terminar con esta autocomprensión ligada a nuestra idea de democracia: influir políticamente sobre los procesos sociales fundamentales que determinan nuestra vida cotidiana, entonces, en efecto, es inútil hablar del futuro de la Unión Europea. La resignación se situaría entonces en un nivel más profundo.

**

Pregunta del público. El gran problema de la construcción de una conciencia europea se plantea precisamente como resultado de la globalización, la americanización del mundo. ¿No considera usted que la conciencia común de los pueblos de Europa desaparece progresivamente a favor de una cosa más global?

Respuesta de J. Habermas. Tenemos detrás de nosotros cuatro décadas de unificación europea. Consumamos la Unión Europea y, más aún, tenemos un mercado único y una moneda única. De cualquier modo existen procesos en curso que seleccionan las decisiones futuras, nos guste o no. La pregunta es más bien saber cómo resolver los problemas a los cuales nos vemos confrontados. Uno de ellos es el déficit democrático. El otro, para mí, es el de reforzar en el concierto internacional el peso político de una Europa unificada y, señaladamente, en el cuadro del régimen económico que se ha desarrollado a partir de los acuerdos del

GATT, etcétera. ¿Tendremos una cultura política común? Es el sentido de su pregunta. Pienso que las diferencias culturales entre las naciones europeas y los otros continentes —incluyendo a los Estados Unidos, el más cercano de ellos— son más grandes y aumentan más que las diferencias entre naciones europeas. Por el momento, sólo podemos hacer pronósticos. No se trata de imponer a los pueblos más de lo que ya les ha impuesto el pasado. Si ustedes miran la Unión Europea tal y como ella se ha construido hasta ahora, el desarrollo se ha llevado a cabo, en efecto, de espaldas a la población; la unión política, en particular, es la obra de elites políticas, no de elites intelectuales. Hasta ahora, las elites intelectuales no han entrado en escena con voces audibles para un público más amplio.

Intervención de D. Schnapper. La dificultad de la construcción de un espacio europeo se debe al hecho de que no existe hoy una etnicidad europea. Eso no significa que no existirá nunca, pero no está dada de antemano, hay que crearla. Como usted lo ha dicho, los intelectuales, los hombres políticos y las instituciones tienen un papel importante que jugar. Es peligroso pensar que estamos en vías de crear un espacio de ciudadanía a nivel europeo sin la dimensión étnica, inseparable de las instituciones cívicas. Es exactamente eso sobre lo que usted ha puesto el acento. No hay, insisto, ningún impedimento necesario por el cual no podríamos construir esa Europa, pero ella no está dada, debe ser construida voluntaria y conscientemente. Ahora bien, la evolución reciente muestra que los gobiernos europeos no parecen ser partidarios apasionados de Europa. La evolución política no va, por lo tanto, en el sentido de la creación de esta necesaria dimensión étnica, condición de la constitución de una ciudadanía europea.

J. Habermas. Si usted me permitiese reemplazar la "dimensión étnica" por la "cultura política", yo estaría completamente de acuerdo.

Pregunta del público. Usted propone una visión de Europa muy intelectual, como un debate, una conexión. Como pudimos

verlo en Seattle o actualmente en Niza, los ciudadanos activos tienden a negociar con las elites económicas y políticas. ¿No cree usted que una de las tareas de los intelectuales es establecer una mejor identificación de ese campo de negociación entre los ciudadanos y las elites?

J. Habermas. Alain Touraine lo ha evocado: nuestra identidad es de todos modos múltiple, identidad de confesión, de contexto cultural, de clase, de región, etcétera. Las identidades nacionales se construyeron a lo largo de siglos. Francia fue hecha a lo largo del siglo XIX. La conciencia nacional de los franceses era débil en las regiones periféricas hasta 1914. Si vemos cuánto tiempo ha sido necesario para crear una conciencia nacional y si tenemos en cuenta todas las presiones de las que he hablado, ¿por qué no otra identidad, más allá de las que ya poseemos?, ¿por qué una identidad europea no podría desarrollarse, identidad que de todas maneras ya existe *in nuce*? Yo soy pro-americano a un grado que casi está prohibido serlo en Francia. Pero cuando voy a los Estados Unidos —y voy todos los años durante varias semanas, incluso meses— siento evidentemente que esta gran cultura me es más extraña que la cultura italiana, francesa, española o inglesa, aunque hable la lengua americana y solamente lea el francés. Por lo tanto no partimos de una tabla rasa. Una tradición europea existe, del mismo modo que un desarrollo social, económico y político de la posguerra, desarrollo convergente en los diferentes países europeos. Claramente, el Estado de bienestar europeo es diferente del que existe en los Estados Unidos. Por otra parte, estos últimos nos muestran un ejemplo maravilloso de desarrollo continuo de una nación cívica, a pesar de su definición anglosajona. La cultura política americana integra constantemente a nuevos pueblos —la más reciente ola de inmigración es asiática—. Es un ejemplo de desarrollo, de cambio, de movimiento interno de las identidades cívicas.

Intervención de A. Touraine. La referencia al Estado-nación, al Estado cívico y a su capacidad de integración cultural corresponde de manera relativamente positiva a experiencias reales.

Nadie negará, en efecto, la influencia duradera del Estado-nación a este respecto. Ahora bien, ¿cree usted que cuando una organización de integración regional de tipo económico, o bien, político y militar aparece, es necesario que esta alianza supranacional corresponda a una fuerte identificación? Acabo de regresar de México, que en cierta forma pertenece ahora a América del Norte. Es muy difícil para los mexicanos redefinirse en tanto que americanos. Sin embargo, consideran pertenecer todavía a América Latina, a una cultura hispanohablante, con otras formas de vida, de organización familiar, etcétera. ¿Es necesario imaginar que la integración económica sea completada con un tipo de integración política? No veo por qué un tipo de ciudadanía europea debiera surgir necesariamente. ¿Por qué deberíamos estar seguros que el tipo de integración fuerte y multidimensional que fue característico de los Estados-nación se impondría a nivel europeo de manera inevitable y no solamente deseable?, ¿no cree usted que viviremos con instituciones políticas débiles o mínimas, apenas necesarias para perseguir ciertos objetivos? Tengo verdaderamente la impresión, y es también a nivel nacional, que el concepto de ciudadanía está prácticamente vacío en muchos casos.

Hemos hablado de un modelo de Estado tanto capaz de represión como de integración. Pienso que hoy el Estado es incapaz de seguir asegurando esta última función. Estamos cada vez más convencidos de que cualquier tentativa de integración fracasa. Vivimos en sociedades menos marcadas por la cooperación que por la exclusión del 20% de su población, relegada en los suburbios cada vez más marcados étnicamente. En todos los países, y siempre en los mismos términos, más que un esfuerzo de integración es un esfuerzo de reconocimiento de la diversidad y del pluralismo lo que se observa. Existe una pluralidad de maneras de combinar la participación en la vida económica con la transformación y la reinterpretación de nuestra propia cultura.

Cuando observamos la crisis o el declive del Estado-nación, muchos quieren recrearlo en un nivel superior. Espero que lo lo-

gren, pero creo más profundamente en la necesidad de ofrecer nuevos significados a las instituciones subnacionales, nacionales o supranacionales y al hecho de tomar en cuenta orientaciones culturales, conflictos sociales y la construcción de nuevas identidades sociales. El movimiento de integración europea va a progresar, desde mi perspectiva, pero a un nivel relativamente bajo de involucramiento afectivo, emocional e intelectual. Lo que todos tenemos en común es ese grado más débil de subordinación a los Estados y a las organizaciones políticas. No hay oposición entre el nivel europeo y el de la experiencia cotidiana, de la vida cultural y personal, salvo una diferencia de involucramiento emocional. Sigo pensando que la construcción europea se hará desde arriba, resistiendo a la hegemonía americana y organizando la participación en la vida económica mundial.

J. Habermas. Una palabra para responder a Alain Touraine. Su descripción es justa. Lo que no percibo es cómo la democracia de base, cuya especificidad funcional es la de aplicarse a los problemas culturales, podría reemplazar las funciones reguladoras hasta ahora a cargo del Estado-nación. En el escenario de usted hay una implicación neoliberal que consiste en dejar a los sistemas autorreguladores trabajar por cuenta propia. Pero eso requeriría una discusión más prolongada.

DE LA CARTA DE DERECHOS A LA FORMACIÓN DE UNA ESFERA PÚBLICA EUROPEA*

Luigi FERRAJOLI

SUMARIO: I. *Escepticismo constitucional*. II. *Constitución y pueblo. Una cuestión de hecho*. III. *Constitución y esfera pública. Una cuestión axiológica*. IV. *Viejos y nuevos derechos en la Carta europea*. V. *Carta europea y sistema de fuentes*.

I. ESCEPTICISMO CONSTITUCIONAL

La cuestión previa a toda discusión sobre la Carta europea de Derechos Fundamentales es si para ella, o incluso más para una Constitución europea formal, existen o no los presupuestos políticos, sociales y culturales. "Así como no existe una lengua europea —ha afirmado por ejemplo Claus Offe— no existe tampoco una esfera pública europea", al no existir una sociedad europea, ni un sentido de pertenencia a Europa parangonable al sentido de pertenencia a los Estados nacionales. Prevalecerían las diferencias y las desconfianzas entre pueblos que tienen a sus espaldas, además de una larga historia de guerras, tradiciones religiosas y culturales diversas, diferentes condiciones económicas y diferentes intereses nacionales. A su vez, Dieter Grimm y Massimo Luciani han repropuesto sus tesis sobre la inoportunidad —en ausencia de un pueblo europeo, o por lo menos de una suficiente

* Traducción de Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

homogeneidad cultural en los diversos países de Europa— de dar vida a una Constitución europea. Esa Constitución sería de hecho no deseable e incluso ilegítima, a causa de la falta de vínculos prepolíticos que solamente provienen de la existencia de una opinión pública y de una sociedad civil que puedan permitir una discusión pública de nivel europeo.[1] Existiría, en suma, según estos autores, un nexo fuerte, ya sea histórico o axiológico, entre Constitución, Estado y pueblo. No existiría una sociedad civil, dice Offe, sin Estado. No sería posible ni siquiera deseable, afirma Grimm, una Constitución europea sin la transformación de Europa en un super-Estado. Sólo el voto popular a través de un referéndum o de una asamblea constituyente, agrega Philippe Schmitter, podría legitimar una plena constitucionalización de Europa.

Son estos nexos a los que intento aquí contestar. E intento contestarlos sobre los planos en los que, a menudo de forma promiscua, son instituidos: sobre el plano empírico o factual y sobre el plano filosófico-político o axiológico. Ciertamente, el proceso constituyente de Europa está siguiendo un camino del todo nuevo, que no tiene precedentes en la historia y que es profundamente diferente del que se ha seguido en la formación de los Estados nacionales: sus actos constituyentes han estado hasta ahora, y probablemente lo seguirán estando, más en los tratados entre Estados que en las votaciones de asambleas constituyentes o en los pronunciamientos populares de tipo referendario o plebiscitario. Debemos, sin embargo, interrogarnos sobre dos cuestiones que pertenecen a la concepción que en el plano de la teo-

1 Grimm, D., "Una Costituzione per l'Europa", en Zagrebelsky, G. *et al.* (eds.), *Il futuro della Constituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 339-367; Luciani, "La costruzione giuridica della cittadinanza europea", en Cazzaniga, G. M. (ed.), *Metamorfosi della sovranitá. Tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Pisa, ETS, 1999, pp. 89-96; *id.*, "Legalitá e legittimittá nel processo di integrazione europea", en Bonacchi, G. (ed.), *Verso la costituzione europea. Una costituzione senza Stato. Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Bolonia, Il Mulino, 2001, pp. 71-87.

ría del derecho y de la filosofía política tenemos de la Constitución: en primer lugar, si en el origen de nuestras actuales Constituciones nacionales existió en verdad el consenso, o por lo menos la adhesión de "naciones" o "pueblos" o "sociedades civiles" homogéneas; en segundo lugar, si la existencia de ese consenso o solamente de una cierta homogeneidad social o nacional es un presupuesto necesario de la legitimidad, además que de la efectividad, de una carta constitucional.

Opondré, por tanto, a las tesis escépticas sobre la oportunidad y/o la legitimidad de una Constitución europea dos órdenes de consideraciones, relativas ambas a la relación entre Constitución y sociedad: una, de hecho, relativa a la cuestión fenomenológica de la existencia, en los orígenes y en la base de las Constituciones nacionales, de un "pueblo" dotado de cierta homogeneidad social, hecha de tradiciones comunes, de cultura y de valores compartidos; la otra, más propiamente filosófico-política, relativa a la cuestión axiológica de si la existencia, o más bien la inexistencia, de esa homogeneidad social es la principal razón o justificación de una Constitución.

II. Constitución y pueblo. Una cuestión de hecho

Las consideraciones de hecho se refieren al grado de homogeneidad social y cultural que existió en los orígenes de nuestros Estados nacionales y que permitiría hablar de los correspondientes pueblos europeos como sujetos dotados de una identidad relativamente unitaria. Pues bien, pienso que nada autoriza a afirmar que en la Francia o en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII, ni tampoco en la Alemania o en la Italia del siglo XIX, hayan existido vínculos prepolíticos e identidades colectivas —de lengua, de cultura, de intereses, de lealtad política común— idóneos para juntar campos y ciudades, campesinos y burgueses, trabajadores y empresarios, masas analfabetas y clases profesionales e intelectuales. Ni siquiera podemos suponer

que haya existido, en cada uno de esos países, una opinión pública nacional o por lo menos una homogeneidad social mayor a la que hoy existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo. Y todavía más arriesgado sería suponer que en torno a los valores establecidos por las cartas constitucionales, incluyendo los derechos más elementales, haya existido, o incluso exista actualmente, un consenso mayoritario. Un referéndum en favor de la libertad de conciencia o de las garantías penales y procesales que se hubiera convocado en los tiempos de Cesare Beccaria o de la Revolución francesa no habría desde luego recogido muchos consensos. Todavía hoy debemos temer una votación popular sobre los derechos sociales o sobre la pena de muerte.

El sentido cívico y de común pertenencia, así como el consenso en torno a valores políticos compartidos que hoy podemos encontrar en nuestros países, parece más bien un efecto que una precondición de la formación de nuestros Estados unitarios y de sus Constituciones. Intento afirmar que los "pueblos" y las "naciones" europeos y sus tradiciones han sido una invención de los dos o tres siglos pasados, fruto de voluntades constituyentes y de convenciones constitucionales, así como de los Estados nacionales y de sus instituciones jurídicas. Y no se ve porqué la construcción de un sentido común de pertenencia a una Europa caracterizada por un mismo patrimonio constitucional —sufragio universal, separación de poderes y derechos fundamentales— sea hoy más difícil o más improbable de lo que fue el proceso de formación de los Estados nacionales y no deba de todos modos solicitar la responsabilidad civil de la cultura jurídica y politológica.

Debemos entonces preguntarnos: ¿cómo se afirman y cómo se cimientan en el sentido común los principios y los valores de un pacto constitucional de convivencia?, ¿antes o después de su formalización en una carta constitucional? En otras palabras, ¿la formación de una esfera pública y de una sociedad civil precede

o es consecuencia, de hecho, de la estipulación de una Constitución?

Para responder a estas preguntas es oportuno precisar qué debemos entender por "esfera pública". Se trata, como sabemos, de una expresión utilizada con múltiples significados. En el sentido hoy más difundido, teorizado por Jürgen Habermas, se refiere a la esfera de la acción comunicativa, y precisamente de la comunicación pública. Para los fines de nuestra discusión, por el contrario, la entenderé en el sentido, parcialmente distinto y más propiamente jurídico, contenido en la clásica definición de Ulpiano: "*publicum est quod ad utilitatem rei publicae pertinet, privatum quod ad utilitatem singulorum*".[2] "Esfera pública", en este sentido, es el lugar de la política que se refiere a los intereses de todos, en oposición a la "esfera privada", que se refiere al interés de los individuos y por tanto es el lugar privilegiado de la economía. Pero los intereses de todos son antes que nada los que están reconocidos como derechos de todos, o sea como derechos universales y por tanto fundamentales. Su esfera equivale, consecuentemente, a la esfera de la igualdad, que como dice el artículo 1o. de la Declaración de 1789 es una *égalité en droits*, obviamente fundamentales, en oposición a la esfera privada, que es la esfera de los derechos individuales ("*diritti singolari*"), o sea patrimoniales, y por tanto de las desigualdades y de las diferencias.[3]

Es claro que, entendida en este sentido, la esfera pública se conforma —y, en este sentido, es fundada— sólo en el momento en el que los asociados, aunque sean diferentes e incluso hostiles, pueden reconocerse como iguales, o sea como titulares de iguales derechos. Se constituye, en otras palabras, justamente

2 "*Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*" (D. 1. 1. 1. 2).

3 Remito, sobre estos temas, a los trabajos incluidos en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001 y "Per una sfera pubblica del mondo", *Teoria Politica*, XVII, núm. 3, 2001, pp. 3-21.

con el pacto constitucional en el que se acuerda la igualdad, es decir la tutela de los intereses de todos, que como se ha dicho son los derechos fundamentales. En esta artificialidad y convencionalidad es donde reside su carácter distintivo respecto a la esfera privada; la cual, consistiendo sobre todo en esos intereses de los individuos que son los derechos patrimoniales, no está fundada por ningún acto constituyente sino que coincide, en muy buena medida, con el mercado. Por esto, podemos afirmar que no existe una esfera pública europea mientras Europa sea —o haya sido hasta ahora— simplemente un mercado común, es decir una unión económica y monetaria; y que la esfera pública será creada, precisamente, por la estipulación de la igualdad en esos derechos iguales, porque son de todos, que son los derechos fundamentales. Intento decir que la tesis vagamente comunitaria que está en las espaldas del escepticismo de quien asocia Constitución, esfera pública y homogeneidad social debería derribarse: en los dos planos, fenomenológico y axiológico, que he ya distinguido.

En el plano fenomenológico, la formación histórica del Estado moderno ha demostrado la existencia de una interacción compleja entre sentido común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad. Es verdad que un cierto grado de cohesión social, prepolítica, y de alguna identidad colectiva representan los más seguros factores, si no de la legitimidad, al menos de la efectividad de toda Constitución y por tanto también de una carta europea de los derechos. Pero es todavía más cierto lo contrario: es sobre la igualdad en derechos, como garantía de todas las diferencias de identidad personal, que madura la percepción de los asociados como iguales; y es en la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales que madura el sentido de pertenencia e identidad colectiva de una comunidad política. En suma, es justamente la Constitución, es decir la igualdad en derechos, el presupuesto del reconocimiento de los otros como “iguales” y por tanto el principal factor, más allá que la iden-

tidad colectiva, de la esfera pública. Recordemos el paradigma hobbesiano: se entra en la sociedad civil y se sale del estado de naturaleza con el contrato social, o sea con el pacto de convivencia que define y a la vez constituye la esfera pública, es decir la esfera de los intereses vitales de todos, comenzando por el derecho a la vida. Es más: para los fines de la formación de la esfera pública en el sentido aquí expuesto, igualdad y garantía de los derechos son condiciones no solamente necesarias, sino también suficientes; son de hecho lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que se quieran fundar en el recíproco respeto y no en las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas, o nacionales, o religiosas o lingüísticas.

III. CONSTITUCIÓN Y ESFERA PÚBLICA. UNA CUESTIÓN AXIOLÓGICA

Paso así a la segunda cuestión enunciada al principio: la filosófico-política sobre el papel y por tanto sobre el fundamento axiológico de la Constitución. ¿Si las Constituciones no siempre, ni necesariamente, tienen sobre la espalda una esfera pública y una sociedad civil ya formadas —o sea una cohesión prepolítica y una comunidad de valores, de intereses y tradiciones—, sobre qué se funda su legitimidad? Si no lo son el consenso ni la homogeneidad social y cultural, ¿cuál es la fuente de legitimación de una Constitución? Entre esfera pública y sociedad civil, por un lado, y Constitución por otro, como se ha dicho, existe, en el plano fenomenológico, una interacción compleja a partir de la cual las primeras son más bien el efecto que el presupuesto de la segunda. ¿Cuál es su relación en el plano axiológico? Creo que también, sobre todo en este plano, la relación que comúnmente se ha instituido entre Constitución y esfera pública, entre pacto constituyente y pueblo, debe abandonarse.

Viene aquí la cuestión de la naturaleza y la función de las Constituciones. Tengo la impresión que detrás de la idea dominante en la cultura iuspublicista de que las Constituciones son el reflejo de una cierta homogeneidad social —que presuponen un *demos* y una voluntad o un consenso popular como fuente de su legitimidad, además de como fuente de su efectividad— existe una concepción organicista y metafísica del cuerpo social y de su relación con las instituciones políticas que se resuelve en un desconocimiento, o cuando menos en un debilitamiento, de su papel garantista. Se trata de una concepción anti-iluminista, de la que son reconocibles los antecedentes en el iuspublicismo alemán del siglo XIX y luego en el pensamiento de Carl Schmitt, que definió la Constitución como una expresión de la "unidad política del pueblo", o bien como un acto que "constituye la forma y el tipo de la unidad política, cuya existencia es presupuesta".[4]

Creo, por el contrario, que en una prospectiva garantista las Constituciones deben ser entendidas, hobbesianamente, como pactos de convivencia, tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a regular. No sirven, por tanto, para representar la común voluntad de un pueblo, o para recoger una cierta homogeneidad o identidad colectiva o sentido común de pertenencia, sino para garantizar los derechos de todos, incluso contra la mayoría, y por tanto para asegurar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. Son, en suma, pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos, que son más necesarios cuando son mayores, por las fuertes desigualdades y diferencias, los peligros de guerra o los atropellos.

4 Schmitt, Carl, *Dottrina della Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 15 y 39; *cfr.*, también, pp. 313 y ss. Para una crítica más analítica de estas tesis remito a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota anterior, pp. 172-180, 329-338 y 362-371.

Es claro que, entendidas de este modo, las Constituciones no tienen su principal fuente de legitimación en el consenso popular. Obviamente una Constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un sentimiento compartido. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, es evidente que no tendrá fuerza vinculante ni estará destinada a durar. Pero este sentido común, este consenso, y por ello la homogeneidad cultural en ellos contenida, son circunstancias de hecho, las cuales fundamentan la efectividad de la Constitución, que es igualmente una cuestión de hecho y no ya de valor. La legitimidad, por el contrario, es una cuestión de valor, ligada no tanto al grado de consenso, que es una circunstancia de hecho, sino justamente a un valor: precisamente al valor de la igualdad, satisfecho por la forma de los derechos fundamentales que la Constitución confiere *a todos*, cualquiera que sean sus opiniones y voluntades, y que son, por tanto, en este sentido, "universales": en el sentido de su universal titularidad de cada uno y, por tanto, de todos, y no en el sentido de que en torno a ellos existiría un improbable y quizá imposible consenso universal.

Es en este sentido, referido a los contenidos —los derechos de todos, y por tanto de todo el pueblo—, que las cartas de los derechos son intrínsecamente "democráticas". Lo son en el sentido de que los derechos fundamentales, estando sobre-ordenados a cualquier poder normativo, equivalen a fragmentos de soberanía pertenecientes a todos y a cada uno. El fundamento de su legitimidad, diferente del de las leyes ordinarias y de las decisiones de gobierno, no es por tanto la *forma* de su producción, sino más bien su *contenido* o su *sustancia*; no el consenso de la mayoría, sino un valor todavía más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales de todos, estipulados como límites y vínculos precisamente a las decisiones de las contingentes mayorías y, a la vez, como factores constitutivos de una esfera pública democrática. Una Constitución, en breve, es democrática

no tanto porque es querida por todos, sino porque sirve para garantizar a todos.

Por otro lado, es evidente que las dos cuestiones —la de hecho sobre la efectividad y la valorativa sobre la legitimidad y justificación de las Constituciones—, aunque son del todo diversas, están entre ellas conectadas. Los principios y los derechos establecidos por una Constitución, de hecho, son entidades lingüísticas. Funcionan como normas sólo si su sentido es generalmente compartido y tomado en serio por sus destinatarios. Crear consenso en torno a ellas es por lo demás el único modo de defenderlas. Inversamente, se convierten en nada, sin necesidad de que tenga lugar un golpe de Estado, si son extirpadas del sentido común y, en los hechos, negadas y violadas sin que su violación suscite disenso, indignación o rebelión. Peor aún, este consenso no es un fenómeno natural. Es generado también por la ciencia jurídica, y por tanto por la cultura política: es decir por el hecho de que esos principios y esos derechos sean asumidos como "valores" y en conjunto como "razones" o "justificaciones" de la convivencia civil. En este sentido, la cultura jurídica y política tiene, en relación con las Constituciones y con su valor normativo, un papel no solamente cognoscitivo, sino por así decirlo constitutivo y preformativo, del que conlleva el mérito y la responsabilidad. Los juristas forman parte del objeto sobre el que indagan y contribuyen a formarlo. Existe, en suma, una circularidad entre Constitución y sentido común: las Constituciones producen sentido común; éste, a su vez, representa de hecho su principal sostén.

IV. VIEJOS Y NUEVOS DERECHOS EN LA CARTA EUROPEA

De ahí la extrema importancia de la Carta de Derechos europea aprobada en Niza en diciembre de 2000. Para los fines de la creación de una esfera pública como esfera de la igualdad y lugar de la política, así como de sentido común de pertenencia, lo

que cuenta, más que la institución de un improbable y ni siquiera auspiciable super-Estado europeo, es precisamente la estipulación de derechos fundamentales en favor de todos los europeos. Me parece que es este sentimiento de la igualdad y de la comunidad en los derechos lo que crea la cohesión política y la identidad colectiva, y no al revés.

Por otro lado, si es verdad, como lo ha observado Massimo Luciani, que cuanto más extendida está la institución política y mayores son las diferencias de orden histórico y cultural que en ella conviven, tanto más improbable y secundaria es la representatividad de sus órganos de gobierno, es también verdad que en esa misma medida aumenta la importancia de la garantía de los derechos fundamentales como límites negativos y vínculos positivos a la esfera de la política; que tanto más restringida debe ser por ello la que he llamado "esfera de lo decidible" propia de la política y tanto más extendida debe ser la de lo "indecidible (que sí o que no)", es decir de los derechos, de libertad o sociales, que deben ser garantizados a todos.[5] Esto quiere decir que debe ser más reducida la esfera de competencia de la democracia política, o sea de los órganos políticamente representativos, y debe ser más articulado y desarrollado el paradigma del Estado constitucional de derecho, es decir, la sujeción a la ley y por tanto a los derechos fundamentales tanto de la Unión como de cada uno de los Estados que la conforman. El caso extremo es el ordenamiento internacional. Una democracia representativa a nivel planetario basada sobre el principio una cabeza/un voto no tendría mucho sentido ni valor. En este nivel, de hecho, más que las funciones políticas de gobierno, que no tendría sentido sustraer a la competencia de los Estados, son esenciales las funciones y las

[5] He llamado "esfera de lo no decidible (que sí o que no)" a la dimensión constitucional de la democracia, identificada a su vez por los derechos fundamentales y por los correlativos límites y vínculos que circunscriben la "esfera de lo decidible", o sea la dimensión y el espacio de la democracia política (en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 3, pp. 35-40 y 339-355).

instituciones de garantía de la paz y de los derechos fundamentales, es decir, esas precondiciones de la democracia que son justamente establecidas por las Constituciones. Pero vale también, evidentemente, por lo que se refiere a la integración europea, que será tanto más legítima además de efectiva en cuanto pueda garantizar los derechos de todos los ciudadanos europeos.

Bajo estos aspectos, la Carta de Derechos aprobada en Niza colma una insostenible laguna. Como ha observado Giacomo Marramao, tiene alguna cosa más y alguna menos respecto a las Constituciones nacionales, incluida la italiana. Tiene de más una formulación más completa y precisa de los derechos de última generación, relativos a la persona, al cuerpo y a la bioética. Pensemos en la mejor tutela de la intimidad (*privacy*) y en la afirmación del derecho de acceso a los datos de carácter personal previsto por los artículos 7o. y 8o.; en el importante artículo 3o., que establece, además del derecho de todo individuo a la integridad física y psíquica, el deber de la práctica médica de informar y obtener el consenso de la persona interesada sobre las curaciones e intervenciones que la afectan, así como la prohibición de las prácticas eugenésicas, de la clonación reproductiva de seres humanos y de cualquier mercantilización de partes del cuerpo humano; en la tutela del medio ambiente impuesta por el artículo 37; en los derechos de la persona frente a la administración establecidos por el artículo 41, como los de "ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente", de "acceder al expediente que le afecte", así como a la "reparación por la comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones"; en las garantías penales y procesales establecidas por los artículos 48-50, desde el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas al *ne bis in idem*, desde la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario y a los derechos de defensa; en fin, en la prohibición incondicionada de la pena de muerte y la tortura, que bastaría por sí sola, si es que va a servir para salvar la vida de un turco o de un kurdo, para dar valor a esta Carta.

Pero hay también, en la Carta, muchas cosas menos respecto, por ejemplo, a la Constitución italiana. El límite más grave es la falta del solemne repudio a la guerra, sustituido por un genérico empeño a "compartir un futuro de paz". Por lo que hace a los derechos sociales, hubiera sido oportuna una formulación más precisa. Y sin embargo existe en la Carta europea un sistema de garantías sobre el trabajo y los derechos sociales en algunos aspectos incluso más eficaz que el existente en las Constituciones nacionales.

Así por ejemplo, aunque no se haya previsto un "derecho al trabajo" sino solamente —cuestión bien distinta y del todo obvia— "el derecho de trabajar y de ejercer una profesión libremente elegida", se incluye en la Carta una norma, el artículo 30, que prevé el derecho, sobre el que no habla por el contrario ni siquiera nuestra Constitución (italiana), "a la protección frente a cualquier despido injustificado": lo cual no es poco en los tiempos de triunfante flexibilidad. Si una norma parecida hubiera existido en la Constitución italiana, no hubieran sido necesarios los referéndum de los radicales y luego las sucesivas adiciones al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Son además garantizados, por los artículos 27, 28 y 31, los derechos de los trabajadores a "la información y a la consulta en el ámbito de la empresa" y a "condiciones de trabajo sanas, seguras y dignas", su derecho a realizar contratos colectivos y de recurrir a acciones de defensa de sus intereses incluyendo la huelga, así como todos los clásicos derechos sobre el descanso, vacaciones y seguridad social. Aunque falte en esta Carta una formulación del principio de igualdad sustancial análoga a la contenida en el artículo 3o. de la Constitución italiana, hay en ella, junto a las normas sobre la prohibición de las discriminaciones (artículo 21) y sobre el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística (artículo 22), una norma, el artículo 34, que impone a la Unión "el fin de combatir la exclusión social y la pobreza", para lo cual se reconoce "el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dis-

pongan de recursos suficientes": en suma, una suerte de derecho a la vivienda que no contiene la Constitución italiana. No sólo esto. Está explícitamente prevista, en el artículo 23 sobre la paridad entre hombres y mujeres, la posibilidad de las acciones positivas, que fue por el contrario excluida en materia de candidaturas políticas por la Corte Constitucional italiana en contra del deber, establecido en el artículo 3o. de la Constitución, de remover los obstáculos que se oponen a una efectiva igualdad.

Conforme al principio de igualdad, el artículo 34 extiende los derechos sociales a "toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión", incluyendo por tanto a todos los inmigrantes; y el párrafo tercero del artículo 15 establece que los inmigrantes "tienen derechos a condiciones de trabajo equivalentes a aquellas que disfrutan los ciudadanos de la Unión". Finalmente, se afirma la justiciabilidad de todos los derechos, tanto de libertad como sociales: "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados", establece el artículo 47, "tiene derecho a la tutela judicial efectiva" de todas las clásicas garantías, incluido el derecho de defensa a costa del Estado para quienes no tengan recursos.

Por otra parte, sobre los límites de la Carta, existe en ella una norma, el artículo 53, que establece que "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos" por otras cartas y convenciones europeas o por las Constituciones de los Estados miembros. Se aplica, en suma, la protección constitucional más favorable. No se puede compartir la opinión de quienes han sostenido que muchos de los derechos establecidos en la Carta —los artículos 27, 30, 34 y 36— quedarían vaciados por el reenvío, en cuanto a las "condiciones" y "modalidades" de su tutela, "al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales": esta fórmula debe leerse junto al artículo 52, que requiere que "cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente

Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades".

V. Carta europea y sistema de fuentes

Concluyo con un último orden de consideraciones. Esta Carta y el proceso constituyente por ella encaminado son importantes no solamente porque son necesarios para la creación de una esfera pública europea, sino también porque sirven para colmar un déficit de principios constitucionales que ya no es sostenible sino al precio de gravísimas aporías.

Debemos de hecho reconocer que las Constituciones estatales no bastan ya para garantizar la igualdad y los derechos en ellas establecidos. Buena parte de las normas de nuestros ordenamientos tienen actualmente su base en el derecho comunitario, del que la Corte de Justicia de Luxemburgo ha afirmado su supremacía sobre las fuentes de derecho interno de los Estados. Por tanto, gran parte de los lugares y de los poderes decisionales se han trasladado a sedes externas a los confines nacionales, hasta ahora sustraídas tanto a controles parlamentarios como a juicios de ilegitimidad constitucional. De ahí la necesidad de subordinar estas nuevas fuentes y estos nuevos poderes a vínculos constitucionales de su propio nivel dirigidos a salvaguardar los principios del Estado de derecho, que no admiten poderes absolutos, evitando así conflictos indisolubles entre Constituciones y jurisdicciones estatales y ordenamiento y jurisdicción comunitaria. Sin contar, por lo que respecta a Italia, que nuestra Constitución no goza de buena salud y está expuesta, hoy más que nunca, a riesgos de manipulación sobre todo en materia de derechos sociales.

Esta Carta (y, en prospectiva, una verdadera Constitución europea) es esencial no sólo porque introduce límites y vínculos a los órganos decisionales europeos de los que proviene actualmente gran parte de nuestro derecho, sino también porque contiene derechos y garantías que corren el riesgo de venir a me-

nos en caso de manipulación de la Constitución italiana. La Carta será una barrera contra estas posibles manipulaciones, sirviendo para fundar un sentido común —un mínimo común denominador— en materia de derechos y Constitución, al que será mucho más difícil incluso para nuestras derechas sustraerse. Representa en suma un antídoto contra los riesgos futuros creados en toda Europa por el desarrollo de populismos étnicos y xenófobos, por las pequeñas patrias, por los resurgimientos fascistas, por las intromisiones católicas, por las políticas y las ideologías neoliberales. Y es esencial también a la vista de la extensión de Europa, ya que sirve para fijar parámetros mínimos —desde la prohibición de la pena de muerte hasta los derechos sociales y del trabajo— para los países que intentan entrar en la Unión. Son precisamente estos parámetros, por otro lado, los que sirven para diseñar un modelo de Europa alternativo al modelo americano.

En el peor de los casos, si alguna crítica se puede hacer a esta Carta es su falta de inclusión en los tratados y por tanto su no clara colocación en la jerarquía de las fuentes y su incierta fuerza vinculante. Queda sin embargo su valor como primer momento del proceso constituyente. El proceso de integración europea, avanzado hasta ahora solamente en el terreno económico y monetario, es de hecho irreversible. No podemos ilusionarnos pensando que los mercados y las economías se retirarán hacia los confines de sus Estados nacionales. A falta de una Constitución europea existe un vacío de derecho público, tanto por lo que se refiere a los poderes políticos de los órganos de la Unión, como por lo que hace a los poderes económicos del mercado. De ahí la urgencia de llenar ese vacío de derechos con la estipulación de límites y vínculos a la acción de unos y de otros; y por tanto de considerar a esta Carta como un paso todavía tímido y sin embargo necesario, dotado de un alto valor simbólico en el proceso que no se puede dar por descontado, de construcción de una democracia europea alternativa al tendencial neoabsolutismo tanto de los poderes políticos como de los económicos.

LA “CONSTITUCIÓN” DE LA UNIÓN EUROPEA. ¿PRUEBAS DE COSMOPOLITISMO O NACIONALISMO POR INTERSECCIÓN?*

Ermanno VITALE

SUMARIO: I. *Dos pasos adelante y uno hacia atrás, ¿o, al contrario?* II. *El núcleo de la cuestión*.

I. DOS PASOS ADELANTE Y UNO HACIA ATRÁS, ¿O, AL CONTRARIO?

En diciembre de 2000, el Consejo Europeo de Niza proclamó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que muchos han considerado como el primer paso significativo hacia la culminación de un proceso constituyente capaz de dotar a la Unión de una verdadera Constitución. Un paso en este sentido transformaría a la Unión Europea en algo más que una unión económica y monetaria: en una unión política que, si las palabras tienen sentido, llevará a la edificación de un gran Estado federal (obviamente después de un largo proceso). O bien, llevará a la construcción de un ente político sin precedentes, caracterizado por la distribución y el equilibrio entre la “soberanía” de los Estados nacionales y la “soberanía” de la Unión que alguien ha sintetizado con la idea —inédita por no decir extravagante— de la “Constitución sin Estado”. Esta ruta parecería ser la más prudente y la más realizable, tanto por razones internas como por

* Traducción de Pedro Salazar Ugarte, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

las contrariedades que provocaría a la superpotencia americana la formación de una Europa verdaderamente federal. Así las cosas, como las palabras no siempre tienen sentido, conviene no adelantar juicios sobre la construcción política que se está edificando. Al menos hasta que sus lineamientos no se definan con mayor claridad.

Los Estados, o mejor dicho los gobiernos de los Estados que conforman la Unión Europea, están intentando lograr un acuerdo en torno a una propuesta ambiciosa: un proyecto de *Tratado* elaborado por una "convención"[1] para crear una Constitución europea. El Consejo Europeo de Laeken[2] delegó oficialmente en esta segunda "convención" la ambiciosa (e igualmente genérica) tarea de formular propuestas en tres temas:[3] "acercar a los ciudadanos al proyecto y a las instituciones europeas; estructurar la vida y el espacio público europeo en una Unión ampliada; hacer de la Unión un factor de estabilización y un punto de referencia del nuevo orden mundial". Desde mi perspectiva, la propuesta final de la convención, presidida por el ex presidente francés Valéry Giscard d'Estaing, se colocó en tierra de nadie: probablemente fue más allá de lo establecido por estas exigencias genéricas pero no logró escapar de la lógica del tratado que es "señoreada" por los Estados nacionales.

Fue de esta forma como surgió el proyecto de tratado constitucional que, en medio de múltiples dificultades, se puso a discusión en los últimos meses de 2003. Los intereses nacionales enfrentados y, aunque parezca paradójico, los intereses "supranacionales", aunque "particulares", de los organismos de la Unión (empezando por la Comisión Europea) son muy poderosos. Por lo mismo no es aventurado suponer que algunos quisieran ganar

1 Así se definió también el grupo de trabajo que preparó la Carta de Niza [N. del T.].

2 Bélgica, diciembre de 2001.

3 Este encargo quedo plasmado en la introducción del texto transmitido el 20 de junio de 2003 por la misma convención al Consejo Europeo de Salonicco.

tiempo o incluso boicotear el proyecto para no tener que renunciar a los derechos (¿o privilegios?) adquiridos. Por un lado, es "natural" que todos los Estados miembros —los actuales y los futuros— quieran tener un peso (relativamente) mayor; por el otro, parece evidente que abandonar este proyecto sería una derrota. Una derrota que, ahora que se acerca la problemática ampliación hacia el Este, ninguno de los miembros puede permitirse.[4]

Como bien sabemos falló el intento italiano por lograr algún tipo de compromiso antes de las elecciones del Parlamento Europeo de 2004. El primer ministro italiano, Silvio Berlusconi, a quien le correspondió, por el mecanismo institucional de la rotación, la presidencia de la Unión en el segundo semestre de 2003, pretendía lograr la firma del acuerdo dentro de su mandato. De esta forma el gobierno italiano podría atribuirse un prestigioso éxito. Pero el fracaso (incluso personal) fue del todo evidente: sólo los medios de comunicación de los que el gobernante de Italia es propietario festejaron el semestre bajo su dirección. Ahora le tocará a Irlanda intentar sacar adelante la situación en los meses sucesivos: las probabilidades parecen mayores pero siguen siendo muchos los obstáculos. El mayor de estos impedimentos es el sistema de voto mayoritario (de una mayoría calificada para cada caso) en el Consejo de Ministros de la Unión Europea: no parece sencillo lograr un punto de equilibrio que permita *contar realmente* a cada uno de los miembros (salvaguardando sus intereses nacionales) y, a la vez, tener un peso *proporcional* a su población en el momento de adoptar las decisiones.

Me parece que éste no es el espacio propicio para hacer una crónica política plagada de *technicalities* del derecho y de las instituciones de la Unión Europea. Además incurriría en el riesgo de "profetizar" un compromiso que no sabemos si será (o no

[4] Los nuevos miembros serán diez, con lo que la Unión Europea pasará de quince a veinticinco Estados. Los nuevos serán la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia.

será) alcanzado. Prefiero proponer un análisis acerca del significado de este tratado y de las perspectivas que abre. Observando, sobre todo, tres de los cuestionamientos recurrentes que han acompañado la historia de la Unión Europea desde que inició su intento por convertirse en algo más que un área de libre mercado, y retomó el hilo conductor de la inspiración federalista que los Estados "pragmáticos" abandonaron por décadas (al menos hasta el Tratado de Maastricht de 1992). Me refiero: *a)* al tema recurrente del llamado "déficit democrático"; *b)* al problema del título de adquisición de la ciudadanía europea, y *c)* a las políticas migratorias. Expondré estos tres puntos en sus líneas generales, buscando demostrar que el tratado "constitucional" es una manera de admitir que se trata de cuestiones inevitables pero, al mismo tiempo y paradójicamente, es un camino para evitarlas nuevamente.

1. *Déficit democrático e interinstitucional*

Como sostuvo hace algunos años el politólogo italiano G. Pasquino, el déficit democrático se origina por la "notable y algunas veces dramática discrepancia que, a expensas del Parlamento Europeo, existe entre los niveles de participación electoral en las elecciones nacionales y en las elecciones europeas". Pero la falta de interés de los ciudadanos europeos, su apatía política, se incrementa porque —o quizá *debido* a que— existe un déficit interinstitucional que genera dudas sobre la *leadership*, que pone en duda su legitimidad democrática:

> En síntesis extrema —agrega Pasquino—, de los tres principales organismos de la Unión Europea, solamente el Parlamento Europeo se elige *directamente* por los electores europeos. El Consejo de Ministros se integra con los jefes de los poderes ejecutivos y con los ministros que, en el mejor de los casos, representan a un poco más de la mayoría de sus electorados. La Comisión Europea se encuentra designada por los jefes de los poderes ejecutivos de los Estados nacionales que integran a la Unión y debe contar con

> la confianza del Parlamento o, al menos, evitar su desconfianza. En sustancia, el doble criterio de la elegibilidad y de la responsabilidad sólo se aplica directamente y con algunas precisiones al Parlamento Europeo; se aplica indirectamente al Consejo de Ministros y, en la práctica, no se aplica o se aplica poco a la Comisión Europea.[5]

Ciertamente el texto "constitucional" pretende superar el problema redistribuyendo los poderes de decisión y exentando algunas materias de la manía de la unanimidad (que equivale al derecho de veto entre los Estados miembros). Pero, en los hechos, no cumple la única misión que debería realizar: otorgar al Parlamento Europeo, *al menos en vía de principio* (mediante una aplicación efectiva en el largo plazo y gradualmente), una función eminentemente legislativa, como la que corresponde a cualquier Parlamento democrático digno de ese nombre y de esa condición.

2. *La Unión Europea y la ciudadanía*

Parecería que los verdaderos "ciudadanos" o "macrociudadanos" de la Unión son los Estados y no las personas de carne y hueso. El proyecto de tratado constitucional se detiene a definir cautelosamente los criterios de pertenencia a la Unión de Estados[6] —estableciendo los procedimientos de admisión y de retiro voluntario—, pero para los individuos sólo indica que el único título válido para adquirir la ciudadanía de la Unión es la posesión de la ciudadanía de un Estado miembro.[7] Conviene advertir que, en los términos del proyecto de tratado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (2000) constituirá la segunda sección del documento constitucional y no, como hubiera sido

5 Pasquino, G., "Deficit democratico e leadership nell'UE", *Teoria politica*, 1, 2000, p. 7.

6 Primera parte, artículos 57-59.

7 Primera parte, artículo 8o.

lógico siguiendo la tradición del constitucionalismo europeo, su preámbulo. Aunque también es cierto que esto se compensa con el reconocimiento de la plena efectividad jurídica de la Carta no sólo por ser promulgada sino por estar “incluida” en los tratados (nuevamente, podemos preguntarnos: ¿dos pasos hacia delante y uno hacia atrás?, o ¿al contrario?).

Si observamos con atención tenemos que reaparece el viejo problema que ya ocupaba las reflexiones de Aristóteles: ¿quién es el ciudadano? Es decir: ¿cuál es el título válido para adquirir la ciudadanía?, ¿la pertenencia histórico-cultural —ser hijo (al menos adoptivo) de ciudadanos o de la ciudad— compartiendo la supuesta naturaleza profunda y los mitos fundadores del colectivo? *o, en cambio,* ¿la correspondencia y adhesión a un conjunto de criterios artificiales establecidos normativamente en la Constitución (entendida en el sentido amplio como la “organización del Estado”)? Según el sentido de nuestras respuestas, estaremos en mejores o peores condiciones para superar la idea de la ciudadanía “nacional”. Excluyendo las respuestas estrechamente localistas o nacionalistas, la disyuntiva teórica está entre una ciudadanía anclada a la idea de nación, republicano-patriótica (que bien puede ubicarse en el marco de una unidad política de grandes dimensiones como la Unión Europea), y una ciudadanía verdaderamente cosmopolita que, sin desmantelar a los Estados, perfeccione (sobre todo en términos de garantías) al embrión de Constitución mundial contenida en su primera parte (los principios) por la Declaración de 1948, y en la segunda (las instituciones) por la ONU.

Desde el punto de vista de este esfuerzo por proteger, en cualquier lugar del mundo, los derechos fundamentales como derechos de la persona, las uniones regionales como la Unión Europea representan una etapa en la larga marcha hacia la meta. En cambio, desde el punto de vista republicano-patriótico, se trata de conservar la propia identidad originaria aunque tengamos que fundirla en otra identidad más amplia que consideramos aceptable por razones históricas, culturales e institucionales. Aunque la

Unión Europea es el proyecto más importante para superar los nacionalismos europeos, debemos reconocer que todavía no supera la encrucijada porque no ha enfrentado seriamente la cuestión del título para adquirir su propia ciudadanía.

El propio Habermas, seguramente distante a cualquier forma de diferencialismo y culturalismo, considera que es necesaria una ciudadanía que se configure como una declinación nacional, históricamente determinada, de los principios universales pero abstractos que se encuentran en las declaraciones de derechos y en la forma de gobierno que conocemos como democracia constitucional o Estado democrático de derecho. De hecho, según la interpretación que hace Habermas de la historia, la mayoría de los hombres necesitan experimentar un sentimiento de pertenencia a un grupo restringido del género humano, a un grupo "nacional", que se ha demostrado como un vínculo mucho más sólido que el ideal universalista del respeto de los derechos humanos:

> Mientras la solidaridad cívica se basa en una identidad colectiva cada vez más particular, la solidaridad cosmopolita debe fundarse únicamente en el universalismo moral que se encuentra representado por los derechos humanos. La solidaridad de los ciudadanos del mundo —si la comparamos con la solidaridad de los ciudadanos del Estado que han llegado a aceptar las políticas redistributivas del Estado social— siempre tiene un carácter reactivo. De hecho, esta solidaridad garantiza la cohesión cosmopolita mediante sentimientos de indignación ante las violaciones jurídicas (trátese de represiones estatales o de violaciones de los derechos humanos).[8]

Como podemos observar, se trata de un argumento convincente por su sensatez y su aparente adecuación con la realidad. Sin embargo, podemos invertir el argumento utilizando su propia lógica: la lógica de la génesis de las actitudes de solidaridad con

8 Habermas, J., *La costellaziones post-nazionale*, Milán, Feltrinelli, 1999, p. 96.

los extranjeros. Podríamos preguntarnos: ¿cuándo y porqué los "ciudadanos del Estado" aceptaron las políticas solidarias redistributivas del Estado social?, ¿no se deberá a las luchas sociales emprendidas por la mayoría de los excluidos, de los miserables; luchas que se apoyaron en la indignación moral y en la inteligencia política de una minoría de incluidos, de privilegiados (una minoría que se dio cuenta de que esa situación resultaba insostenible en el largo plazo)?, ¿por cuál motivo, ante las cuestiones planetarias que, *mutatis mutandis,* afectan directamente la vida incluso de la minoría de los privilegiados, no podría repetirse este esquema "nacional" en otra escala más amplia? Y ¿qué sentido tiene, pensando con perspectiva (en un mundo que todos describen como interdependiente y globalizado), definir la homogeneidad o la compatibilidad "ética" como si se tratara de una condición de mayor, *especial*, solidaridad, sostenida por la ciudadanía entendida como pertenencia nacional?

En otros párrafos del ensayo que he citado, Habermas encuentra todos los elementos de una opinión pública mundial en los movimientos cívicos supranacionales (pensemos en el movimiento de oposición a la guerra contra Irak) y en la *melior pars* de las organizaciones no gubernamentales (las verdaderamente no "gubernativas", me permito agregar) que combaten a las estructuras de dominio de los organismos internacionales (la Organización Mundial de Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional) que son controlados por los países más ricos y poderosos. Al contrario: ante los retos mundiales más intensos, la ciudadanía republicana puede terminar encerrándose en la celebración de su propia identidad particular y, cuando las condiciones lo permitan, en su propio poder y destino imperial. Por este camino la idea de nación, de participación y de solidaridad cívica (que quizá es noble en sí misma) terminaría por retransformarse en una especie de nacionalismo mezquino en el que la ciudadanía se convierta, para utilizar la terminología de

Habermas, en la causa de *la exclusión del otro* y no de su "inclusión".[9]

En todo caso, la única opción que tiene un "extracomunitario" que quiere convertirse en ciudadano de la Unión es la de iniciar el recorrido (invariablemente largo y accidentado) para intentar conseguir la ciudadanía de un país miembro. Pero una unión que ni siquiera puede *uniformar* los criterios para adquirir la ciudadanía de los diferentes países miembros —que equivale a la *ciudadanía de la Unión*—, difícilmente podrá construir los cimientos de una política abierta y solidaria de los flujos migratorios o dar vida al embrión de un verdadero sujeto federal. En este mismo sentido, la ampliación de la Unión Europea hacia el Este europeo supone una contradicción adicional porque producirá "nuevos" ciudadanos pero "divididos en dos": ciudadanos de la Unión que, al menos en la primera etapa de la ampliación, no tendrán derechos de residencia y de circulación en el propio territorio de la Unión Europea. Nuevamente, para retomar la idea de los pasos hacia delante y hacia atrás, podríamos decir que, finalmente, la Unión está enfrentando el problema de su "ciudadanía" pero sin el valor necesario para alcanzar soluciones políticas coherentes.

3. *Las políticas migratorias*

Como hemos visto, puesta en estos términos, la ciudadanía de la Unión puede convertirse en la defensa de un privilegio de *status*. La educación para construir la ciudadanía europea de los "autóctonos" puede ser un camino para enriquecer y cuidar el jardín exclusivo de nuestra democracia constitucional y, sobre todo, de "nuestra" calidad de vida, sin voltear a ver lo que sucede fuera de los límites del jardín. Mientras que para los "otros", el proyecto de tratado constitucional contempla severos mecanismos para garantizar "el control de las personas y la vigilancia

9 *Id.*, *L'incluso dell'altro*, Milán, Feltrinelli, 1998.

eficaz de los cruces fronterizos externos”.[10] Alguno podría objetar: existen razones económicas y de orden público que nos inducen a regular los flujos migratorios. Y, además, ¿qué más podemos hacer nosotros, los “europeos”, que en la Carta de los Derechos Fundamentales reconocemos los derechos sociales (como la sanidad y la instrucción) a todas las personas sin discriminar a los extranjeros?

La verdad es que establecimos la barrera anticipadamente: cuando restringimos la titularidad del derecho de residencia y de circulación únicamente a los ciudadanos y no a todas las personas. La libertad de movimiento o la libertad personal son derechos de las personas, pero su declinación hacia la posibilidad de elegir el lugar en que queremos residir encuentra sus límites en los confines de la Unión: los derechos de residencia y de libre circulación se reservan para los ciudadanos europeos. Desgraciadamente no se trata de una “jugada” exclusivamente europea: no es casual que las cartas internacionales de derechos hagan referencia al derecho de abandonar el país de origen, al derecho de emigrar, pero no al derecho de entrar en el país que se ha elegido como lugar para continuar con nuestra vida (al derecho de emigrar distinguiéndolo del “derecho de asilo”). La libertad que se niega a las personas, convirtiendo la ciudadanía europea en un paradójico privilegio premoderno de *status*, es aquella que proviene de la libertad personal y que podemos llamar *ius migrandi*, derecho a la migración internacional. No olvidemos que, como recuerda incesantemente Luigi Ferrajoli, los teóricos de la Conquista[11] actuaron sobre la base del argumento contrario, *avant la lettre*, cuando se trataba de justificar el colonialismo español.[12]

[10] Tercera parte, artículo 161.

[11] En español, en el original [N. del T.].

[12] Ferrajoli, L., “Libertá di circolazione e di soggiorno. Per chi?”, en Bovero, M. (ed.), *Quale libertá. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004.

Pero, que sea claro, no estoy diciendo que debamos desmantelar, *sic et simpliciter*, todas las instituciones europeas existentes ni que desconozcamos la urgencia de implementar políticas migratorias inspiradas en la colaboración internacional, en los acuerdos bilaterales, en la sensatez y en la gradualidad, para lograr disminuir las tragedias humanas implícitas en las migraciones "salvajes". Lo que pretendo es reivindicar el derecho a la migración como un derecho de la persona que oriente a la futura ciudadanía cosmopolita y que, por ahora, sirva como *idea reguladora* de las políticas migratorias de la Unión. Reivindicar que el derecho a la migración debe ser un derecho de las personas no significa negar que los flujos migratorios deban ser regulados: significa que los flujos deben regularse con la finalidad de favorecerlos, eligiendo y no impidiendo (sobre la base del culturalismo que ha reemplazado al racismo), las migraciones de las personas, y mucho menos permitiendo su gestión como si se tratara de mercancías o de recursos a disposición de los procesos económicos (como una fuerza de trabajo que carece de derechos fundamentales). Por ejemplo, significa reconocer a los inmigrantes "extracomunitarios" la posibilidad "razonable" de obtener la ciudadanía de una Unión que supuestamente se inspira en los valores liberal-democráticos: razonable quiere decir después de una permanencia relativamente breve en el territorio con un trabajo estable y regular. Quizá no basta solamente con un año, como lo exigía la Constitución jacobina del año III (1793), pero un periodo de cinco años podría ser razonable.

II. El núcleo de la cuestión

El texto elaborado por la convención encabezada por Giscard d'Estaing nos ofrece algunas respuestas para éstas y muchas otras cuestiones relacionadas con la Unión Europea. Seguramente los historiadores, los constitucionalistas y los filósofos de la política y del derecho seguirán discutiendo sobre la mayor o me-

nor pertinencia de adoptar un enésimo y voluminoso "tratado" (más de 200 páginas), aunque se trate de un tratado "constitucional". ¿Es éste el mejor camino para obtener nuevos y mejores resultados que los alcanzados con los otros tratados de la Unión que, en cierta medida, cumplen la función normativa fundamental? Me limito a reproducir algunos de los argumentos que han sido planteados sobre el particular en la última década.

Replanteando la cuestión: ¿es plausible (e, incluso, deseable) que la "Constitución" europea contribuya a formar una sociedad civil y una opinión pública europeas capaces de impulsar el proyecto federal original?, ¿será posible superar el déficit democrático y construir una política exterior común capaz de enfrentar los retos de la globalización? O, por el contrario, ¿no será la Constitución una fuga hacia delante, una "buena intención" que dará pésimos resultados como lo advierte la perspectiva realista?, ¿no estaremos provocando una mayor desintegración en lugar de una solidaridad más amplia? Creo que los argumentos más lúcidos en contra de la Constitución europea han sido planteados por el jurista alemán Dieter Grimm. Según Grimm, lo que falta para lograr una Unión más democrática son mejores instituciones, no una ley fundamental. En primer lugar, explica este autor, no es cierto que la Unión adolezca de normas constitucionales: los tratados, o al menos una parte de ellos, son estas normas. De hecho, la Corte de Justicia, que es la responsable de vigilar que se respeten los tratados, se refiere a los mismos como "documentos constitucionales".

Grimm se pregunta cuál sería la necesidad de contar con una Constitución formal y qué diferencia existiría entre ésta y las normas de los tratados que ya tienen un valor constitucional/constituyente. La única diferencia entre una Constitución y un tratado está en el fundamento de su legitimidad: un tratado obtiene su legitimidad del acuerdo entre los Estados soberanos que lo suscriben (que son los "dueños" de los tratados); en cambio, una Constitución nace y se legitima por el poder constituyente que reside en una entidad colectiva que consideramos co-

mo un pueblo. La pregunta que plantea Grimm es contundente: ¿existe un pueblo europeo capaz de legitimar una Constitución europea? Evidentemente, la respuesta es negativa. En realidad, ni siquiera existe una sociedad europea capaz de generar una discusión política pública. No existen, en una dimensión europea, las estructuras intermedias que hacen posible la discusión pública: los medios de comunicación, los movimientos civiles, las asociaciones y los partidos aún tienen una dimensión nacional. Y sin estas estructuras es imposible imaginar un proceso democrático: por lo tanto no existen los presupuestos para crear un Estado federal democrático en Europa. Y ello sin considerar la pluralidad lingüística europea: sólo algunas elites restringidas conocen el idioma "internacional" por excelencia, el inglés. En síntesis, sin una sociedad civil europea desarrollada, el esfuerzo encaminado a generar un documento constitucional es una apuesta inútil.[13]

Luigi Ferrajoli refuta las tesis de Grimm con dos argumentos. Es posible demostrar, históricamente, que en los orígenes de los Estados-nacionales actuales no existían pueblos consolidados ni lenguas u otros vínculos prepolíticos sólidos: por el contrario, la formación de las lealtades políticas y de las opiniones públicas respectivas, así como la definición de las lenguas nacionales, fue el producto artificial y no la causa natural de la constitucionalización de los Estados-nacionales. ¿Qué es lo que impide que las instituciones de la Unión Europea, e *in primis* la Constitución, faciliten la construcción de una sociedad civil europea, con sus partidos, sus asociaciones y su idioma común? Ferrajoli, desde una perspectiva estrictamente teórica, invierte la tesis de Grimm para afirmar que las Constituciones no necesitan de la homogeneidad social, cultural y política: por el contrario, las Constituciones son más necesarias cuando esa homogeneidad es menor, cuando las diferencias y los conflictos que deben solucionarse políticamente (de forma pacífica) son mayores. Las Constitucio-

13 *Cfr.* Grimm, D., "L'europa ha bisogno di una costituzione?", en Zagrebelsky, G. *et al.* (eds.), *Il futuro della costituzione*, Turín, Einaudi, 1996.

nes no son la expresión del alma de un pueblo, son pactos que definen los derechos fundamentales de los individuos, prescindiendo, precisamente, de aquellas diferencias que, a su vez, deben proteger: de esta forma surge la percepción de los otros como sujetos iguales, como coasociados, con los que compartimos un sentido de pertenencia a una determinada colectividad política, articulada y plural.[14]

A pesar de las diferencias entre el cosmopolitismo de Ferrajoli y el patriotismo constitucional de Habermas, en este punto sus reflexiones son similares. Para Habermas la "Constitución europea" no solamente sería un medio para tutelar de mejor manera los derechos fundamentales de los que residen en territorio de la Unión, sino también para darle una fuerza renovada al ideal cosmopolita, de matriz ilustrada y socialista, que inspiró la constitucionalización de los derechos de libertad —así como de los derechos políticos y sociales— y se opuso, después de múltiples complicidades y contubernios, al universalismo del mercado y a su ideología triunfante. Según Habermas, ante las amenazas originadas por un neoliberalismo fundado en una confianza ingenua en el proceso tecnológico, como si éste fuera la medicina para todos los males sociales (parece que no aprendemos nada de la historia), debemos considerar a las objeciones de los "euroescépticos", que le merezcan el máximo respeto, como un incentivo para acelerar un verdadero proceso constituyente europeo.

Desde mi perspectiva, el primer examen, difícil e ineludible, que deberá superar la Unión Europea para dotarse de un embrión de Constitución federal está en las modalidades concretas para realizar la ampliación hacia el Este: el reto está en lograr que sus instituciones sean algo más que una fortaleza destinada a proteger, de manera obstina y miope, las fronteras de su mercado y de su bienestar. La dificultad de la prueba aumenta por dos razones relacionadas con los nuevos miembros: éstos parecen visualizar su

14 *Cfr.* Ferrajoli, L. *et al.*, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Vitale, E. (ed.), Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 316 y 317.

entrada en la Unión, principalmente sino es que exclusivamente, desde una lógica económica; además, su "política exterior" es, en mayor o menor medida, filoamericana. Es difícil adivinar si el tratado constitucional que se busca aprobar se orientará en la dirección política que el Consejo Europeo de Laeken trazó para la convención. Como siempre ha sucedido en la historia de la comunidad o Unión Europea, los primeros, tímidos y contradictorios, pasos parecen inspirarse en una cautela extrema.

Sólo nos queda esperar que la innovación política europea, nuevamente, desmienta al escepticismo, *tanto* de sus eternos detractores *como* de sus promotores más radicales e impacientes. Pero si ahora que ha iniciado el recorrido hacia la ampliación (presente y futura) la Unión Europea no logra dotarse de una estructura institucional *semejante* a la de los Estados federales —capaz de implementar políticas migratorias que adopten el cosmopolitismo como idea reguladora— corre el peligro de convertirse en una entidad política inédita y esquizofrénica. Por una parte, en una unión-fortaleza que, al ser incapaz de controlar un territorio cada vez más extenso, se convierta en una fortaleza de papel doblegada ante los intereses particulares de las naciones que terminarán por despedazarla; por otra parte, en una unión-embrión de Estado federal y cosmopolita. Un embrión que difícilmente podrá implantarse y desarrollarse en el inhóspito ambiente de la fortaleza de papel.

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, APROBADA EN LA CUMBRE DE NIZA (DICIEMBRE DE 2000)

PREÁMBULO

Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento.

Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las

tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones.

En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación.

CAPÍTULO I
DIGNIDAD

Artículo 1
Dignidad humana

La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

Artículo 2
Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a la vida.
2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Artículo 3
Derecho a la integridad de la persona

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

— El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,
— La prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
— La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
— La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Artículo 4
Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 5
Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

CAPÍTULO II
LIBERTADES

Artículo 6
Derecho a la libertad y a la seguridad

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Artículo 7
Respeto de la vida privada y familiar

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo 8
Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

Artículo 9
Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia

Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Artículo 10
Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Artículo 11
Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Artículo 12
Libertad de reunión y de asociación

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

Artículo 13
Libertad de las artes y de las ciencias

Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.

Artículo 14
Derecho a la educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.
3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

Artículo 15
Libertad profesional y derecho a trabajar

1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.
2. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro.
3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutan los ciudadanos de la Unión.

Artículo 16
Libertad de empresa

Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.

Artículo 17
Derecho a la propiedad

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable,

de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.
2. Se protege la propiedad intelectual.

Artículo 18
Derecho de asilo

Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Artículo 19
Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

1. Se prohíben las expulsiones colectivas.
2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

CAPÍTULO III
IGUALDAD

Artículo 20
Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo 21
No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones,

opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

Artículo 22
Diversidad cultural, religiosa y lingüística

La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

Artículo 23
Igualdad entre hombres y mujeres

La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Artículo 24
Derechos del menor

1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.
2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

Artículo 25
Derechos de las personas mayores

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

Artículo 26
Integración de las personas discapacitadas

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

CAPÍTULO IV
SOLIDARIDAD

Artículo 27
Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa

Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales.

Artículo 28
Derecho de negociación y de acción colectiva

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y

celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

Artículo 29
Derecho de acceso a los servicios de colocación

Toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación.

Artículo 30
Protección en caso de despido injustificado

Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales.

Artículo 31
Condiciones de trabajo justas y equitativas

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.
2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas.

Artículo 32
Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo

Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.

Artículo 33
Vida familiar y vida profesional

1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.
2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Artículo 34
Seguridad social y ayuda social

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.
2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales.
3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a

una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

Artículo 35
Protección de la salud

Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

Artículo 36
Acceso a los servicios de interés económico general

La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

Artículo 37
Protección del medio ambiente

Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

Artículo 38
Protección de los consumidores

Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores.

CAPÍTULO V
CIUDADANÍA

Artículo 39
Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.
2. Los diputados del Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto.

Artículo 40
Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales

Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Artículo 41
Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:

   — El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
   — El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

— La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Artículo 42
Derecho de acceso a los documentos

Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Artículo 43
El Defensor del Pueblo

Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Artículo 44
Derecho de petición

Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.

Artículo 45
Libertad de circulación y de residencia

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

Artículo 46
Protección diplomática y consular

Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.

CAPÍTULO VI
JUSTICIA

Artículo 47
Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Artículo 48
Presunción de inocencia y derechos de la defensa

1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

Artículo 49
Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.
2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.
3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

Artículo 50
Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito

Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

Capítulo VII
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 51
Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.
2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados.

Artículo 52
Alcance de los derechos garantizados

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés

general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.
3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

Artículo 53
Nivel de protección

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros.

Artículo 54
Prohibición del abuso de derecho

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.